Vorträge

über den

deutschen gemeinen

ordentlichen Civilproceß.

Zunächst für seine Zuhörer herausgegeben

von

Dr. Hieronymus von Bayer,

k. b. Reichsrath, öffentl. ordentl. Professor der Rechte an der Ludwig-Maximilians-Universität in München und Beisitzer des Spruchcollegiums daselbst.

Neunte Auflage.

München.
Literarisch-artistische Anstalt
der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1865.

B. Rechtliche Gegendeduction.

§. 179.

Diese Art von Vertheidigung besteht darin, daß der Beklagte, — ohne dabei neue thatsächliche Behauptungen zu Hülfe zu nehmen, — zu zeigen sucht, daß der Anspruch des Klägers, selbst wenn das geschichtliche Fundament der Klage wahr wäre, doch nach den bestehenden Gesetzen zur gerichtlichen Verfolgung nicht geeignet sey; — m. a. W. daß der Klage der Rechtsgrund fehle. Die Gegendeduction ist also gewissermaßen in Beziehung auf den Rechtsgrund, was die negative Einlassung in Beziehung auf den geschichtlichen Grund der Klage ist. Von der peremtorischen Einrede unterscheidet sie sich aber dadurch, daß sie keine neue thatsächliche Behauptung zur Stütze, sondern bloß die rechtswissenschaftliche Nachweisung zum Thema hat, daß unter den von dem Kläger angeführten Umständen entweder gar keine gerichtliche Klage gestellt, oder doch wenigstens nicht in der von dem Kläger prätendirten Ausdehnung erhoben werden könne.

Die Frage, ob diese Art von Vertheidigung in einem bestimmten einzelnen Falle anwendbar sey oder nicht, ist lediglich nach civilrechtlichen, nicht nach processualischen Grundsätzen zu beurtheilen. Denn die Proceßlehre bestimmt nur die Formen, nach welchen ein klagbarer Anspruch zu verfolgen, oder ein nicht klagbarer vor Gericht zurückzuweisen sey. Ob aber ein bestimmter Anspruch in diese oder in jene Kategorie gehöre, darüber ist im Civilrechte Aufschluß zu suchen.

In formeller Beziehung ist nur hiebei zu bemerken, daß die rechtliche Gegendeduction an keine bestimmte Frist gebunden ist, wie Einlassung und Einreden; ja daß selbst die gänzliche Unterlassung derselben dem Beklagten in der

Regel keinen Nachtheil bringt, weil hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung des streitigen Verhältnisses der Richter von den Parteivorträgen nicht abhängt, sondern das Fehlende zu ergänzen, und das irrthümlich Vorgebrachte zu berichtigen von Amtswegen schon berechtigt, und sogar verpflichtet ist.

S. oben S. 35.

C. *Litis contestatio,* Streiteinlassung oder Kriegsbefestigung.

Begriff.

§. 180.

Dem Grundgedanken zufolge, auf welchem die litis contestatio oder die Streiteinlassung beruht, ist diese nichts anderes als die Offenbarung des Entschlusses der Parteien, es in ihrer Rechtsangelegenheit auf ein gerichtliches Streitverfahren und auf ein richterliches Urtheil ankommen zu lassen. Diesen Grundbegriff haben die gesetzlichen Quellen des gemeinen Proceßrechtes zu allen Zeiten festgehalten. Aber freilich die Form, in welcher jener Entschluß an den Tag gelegt, sowie auch der Zeitpunkt, in welchem die darauf Bezug habende Erklärung wirklich abgegeben, oder als abgegeben angenommen wurde, war nicht in allen Fällen und zu allen Zeiten dieselbe.

Wenn man hiebei

I. das ältere Röm. Recht in das Auge faßt, so zeigt sich in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen dem ordinarium judicium und der extraordinaria cognitio. In dem ordinarium judicium erfolgte, — was den Zeitpunkt betrifft, — die litis contestatio erst nach dem Schlusse der Verhandlungen in jure, also erst dann, wenn die Parteien ihre Rechts- und Vertheidigungsmittel (actio, ex-

ceptio, replicatio, duplicatio) kurz vorgetragen, und dadurch die Obrigkeit in den Stand gesetzt hatten, die Hauptstreitpunkte, auf deren Untersuchung es ankam, in der dem judex zu ertheilenden formula zu fixiren. Die litis contestatio erfolgte daher unmittelbar vor dem Uebergange der Sache aus dem jus in das judicium, und zwar noch vor der Obrigkeit. Der letzte Punkt war zwar früherhin bestritten, indem Einige den Act der Litiscontestation an die Spitze der Verhandlungen vor dem judex gestellt wissen wollten. Allein durch neuere Untersuchungen ist die Unrichtigkeit dieser Ansicht außer Zweifel gesetzt.

Vgl. v. Savigny, System VI. S. 13 flg.

Wenn aber auch der Zeitpunkt der litis contestatio in den ordin. judiciis stets derselbe blieb, so verhielt sich doch die Sache anders mit der Form dieses Actes. So lange nämlich über die Verhandlungen in jure keine schriftliche Aufzeichnung stattfand, riefen die streitenden Theile die Umstehenden als Zeugen darüber auf, daß und worüber es zwischen ihnen zu einem gerichtlichen Streite (einem judicium, einer lis) gekommen sey, um sich, — wenn etwa in der Folge Zweifel darüber entstehen sollte, auf sie berufen zu können. Von dieser ursprünglichen Form hat auch die Handlung den Namen „litis *contestatio*“ erhalten, welcher übrigens auch späterhin noch beibehalten wurde, und bis auf den heutigen Tag in Uebung geblieben ist.

Festus, sub. voc. „*Contestari*“.

Seitdem aber die formula für den judex schriftlich abgefaßt wurde, unterblieb die Aufrufung von Zeugen, weil der Zweck derselben durch jene Urkunde noch sicherer erreicht wurde; und wahrscheinlich fand auch nach der Ertheilung der formula keine ausdrückliche Erklärung der Parteien mehr statt, weil über ihre Streitabsicht doch kein

Zweifel mehr entstehen konnte, wenn sie es einmal auf eine ordinatio judicii hatten ankommen lassen. Weil jedoch die litis contestatio in ihrer bisherigen Stellung der Eröffnung der Verhandlungen in judicio unmittelbar vorausging, so wird in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin bemerkt:

„Lis tunc contestata *videtur*, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit."

c. un. C. 3. 9.

Wann und wie die litis contestatio anfänglich in den extraordinariis judiciis vollzogen wurde, in welchen keine Bestellung eines judex stattfand, sondern die ganze Verhandlung der Sache bis zum Ende vor der Obrigkeit selbst blieb, läßt sich zwar mit voller Bestimmtheit nicht nachweisen. Denn die c. un. C. 3. 9., welche v. Savigny (Syst. VI. S. 16 flg.) auf die extraord. judic. bezieht, scheint doch sowohl ihrem Alter, als ihrem Inhalte nach von der litis contestatio im ordentlichen Verfahren zu sprechen; und Fr. 33. D. 44. 7, sowie Fr. 20. §. 6, 7 und 11. D. 5. 3. können auch nicht mit voller Sicherheit für die aufgestellte Frage benützt werden. Jedenfalls wird man aber nach Wortsinn und Grundbegriff annehmen müssen, daß die litis contestatio auch in dem extraord. judicium erst dann als geschehen betrachtet wurde, wenn sich der Beklagte dem Anspruche des Klägers in der Hauptsache widersetzt hatte. Für das Justinianische Recht ist dieser Satz außer Zweifel gestellt durch

c. 14. §. 1. C. 3. 1,

wo gesagt wird:

„Lis est contestata post narrationem propositam et *contradictionem* objectam."

Vgl. c. 2. C. 2. 59,

wo anstatt „contradictionem" steht „responsionem",

aber dem Zusammenhange nach als gleichbedeutender Ausdruck.

Da nun zur Zeit Justinians alle judicia extraordinaria im Sinne des älteren Rechts geworden waren, so kann man den Begriff der litis contestatio nach dem neuen Röm. Rechte allgemein in der Art bestimmen, daß man sie als den Ausdruck der gerichtlichen Opposition des Beklagten gegen die Ansprüche des Klägers bezeichnet.

Eine detaillirte Feststellung aller einzelnen Streitpunkte, auf welche es in dem einzelnen Falle ankam, — wie eine solche in den älteren ordinariis judiciis wenigstens in vielen Fällen den Gegenstand der litis contestatio bilden konnte, involvirte aber jetzt die litis contestatio gewiß nicht mehr, weil ja nach der „contradictio objecta" noch replicationes und duplicationes vorkommen konnten, und weil selbst das Vorbringen specieller Defensionsgründe nicht auf den Termin der ersten Antwort auf die Klage beschränkt war.

Ueber die Form der litis contestatio im alten Röm. Recht siehe: M. S. Mayer, die Litiscontestation geschichtlich dargestellt, I. Abth. Stuttgart 1830; und darüber: Rudorff in der Zeitschrift für gesch. R. W. VII. S. 231 flg. — Ueber die Bedeutung der L. C. zur Zeit des class. Röm. R. F. L. Keller über L. C. und Urtheil. Zürich 1827. S. 1—69; und darüber: A. Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschrift für R. W. Bd. V. S. 73 flg. — v. Savigny, Syst. VI. S. 8 flg. — F. L. Keller, der Röm. Civilproceß II. §. 59 flg. — Endlich über die L. C. nach Justin. Rechte: Sintenis, Erl. I. S. 106 flg.

Fortsetzung.

§. 181.

II. Das canonische Recht hat im Wesentlichen an dem neurömischen Begriffe der lit. cont. nichts verändert. Denn in

c. un. X. 2. 5. und

c. 54. §. 3. X. 1. 6.

wird übereinstimmend mit dem Röm. Rechte (c. 2. C. 2. 59.) bemerkt:

Litis contestatio fit per petitionem in jure propositam et responsionem secutam.

Vgl. C. L. Goldschmidt über Litiscont. und Einreden. Frankf. 1812. S. 33. flg.

III. Auch die älteren deutschen Reichsgesetze folgten dem Röm. und canonischen Rechte, zum Theil mit ausdrücklicher Beziehung darauf, wie z. B. in der

C. G. O. v. 1507. I. §. 4.

Sie bezeichnen daher die L. C. als eine Bilateralhandlung,

C. G. O. 1500. XII. 2.

und sagten sowohl von dem Kläger,

C. G. O. 1523. III. §. 3.

als von dem Beklagten,

C. G. O. 1555. III. 13. §. 1.

daß er litem contestire.

Weil es jedoch hiebei hauptsächlich auf die Antwort des Beklagten ankam, indem nur dann wirklich ein Rechtsstreit entsteht, wenn sich der Beklagte dem Anspruche des Gegners widersetzt, so wurde in der Folge von der Mitthätigkeit des Klägers Umgang genommen, und die L. C. zunächst als eine Handlung des Beklagten bezeichnet.

H. Vulteji, tract. de judic. I. III. c. 1. nro. 61.

M. Albrecht, die Except. des gem. deut. Civilproc. München 1835. S. 140. not. 20.

Die Erklärung des Beklagten war jedoch keineswegs eine in das Detail der Klage eingehende Antwort, sondern bestand nur in einer allgemeinen, stereotyp gewordenen Formel, durch welche der Beklagte zu erkennen gab, daß er es in der Hauptsache auf einen gerichtlichen Streit ankommen lassen wolle. — Diese Formel war sogar gesetzlich vorgeschrieben, und lautete so:

„In Sachen N. contra N. bin ich der Klag nicht geständig, und bitte mich von derselben mit Abtrag der Kosten und Schäden zu erledigen."

C. G. O. 1555. III. 13. §. 4. Concept. III. 15. §. 4. Vgl. schon *Guil. Durantis,* spec. lib. II. part. 2. *H. Vulteji,* tract. l. c. nro. 80.

Die Ausmittlung und Feststellung der einzelnen thatsächlichen Behauptungen des Klägers, welche der Beklagte zugeben, oder welche er widersprechen wollte, geschah nicht durch die Litiscontestation, sondern durch die auf die Klageartikel abgegebenen responsiones des Beklagten, welche, sowie die peremtorischen Einreden, erst nach der Litiscontestation folgten.

Durch eine Vorschrift des J. R. A. ist jedoch die Ansicht veranlaßt worden, daß seit diesem Reichsgesetze mit der Litiscontestation ein anderer Begriff verbunden werden müsse. In dem §. 37 dieses Gesetzes ist nämlich verordnet, „daß der Beklagte in primo termino kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Punkt mit all seinen Umständen anzeigen; wie auch, was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden

haben möchte, alles auf einmal bei Strafe der Präclusion einbringen soll."

Weil nun der hier vorgeschriebenen speciellen Erwiderung des Beklagten dieselbe Stelle in dem Verfahren angewiesen wurde, welche bisher die allgemeine Litiscontestation eingenommen hatte, und weil außerdem noch in dem §. 37 des J. R. A. das Wort „litis contestatio" gar nicht mehr vorkommt, obgleich hier der geeignetste Ort gewesen wäre, die Litiscontestation ausdrücklich zu berühren, wenn man sie anders noch als etwas Eigenes neben der speciellen Erwiderung fortbestehen lassen wollte; so wurde angenommen, daß nun diese Erwiderung selbst an die Stelle der bisherigen L. C. getreten sey.

Die Vertheidiger dieser Auslegung des J. R. A. theilen sich aber wieder in zwei Classen. Einige beschränken nämlich

A. den modernen Begriff der L. C. bloß auf die Beantwortung, d. h. auf das specielle Bejahen oder Verneinen der von dem Kläger aufgestellten thatsächlichen Behauptungen allein, schließen also die peremtorischen Einreden, sowie die etwaigen rechtlichen Gegendeductionen gänzlich von dem Begriffe der L. C. aus; — und diese Ansicht kann man als diejenige bezeichnen, welche in der Doctrin und in der Praxis die beinahe ausschließende Herrschaft gewonnen hat.

Anfänglich schwankte zwar noch die Doctrin über die nähere Bestimmung des Begriffes;

S. darüber Wächter, Erört. III. S. 78—81.

allein seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts findet man die obige Definition in allen gangbaren Lehrbüchern.

Andere hingegen fassen

B. das ganze von dem Beklagten vorgebrachte Vertheidigungsmaterial, also nicht bloß die Antwort auf die

Geschichtserzählung, sondern auch die peremtorischen Einreden und rechtlichen Gegendeductionen als den Inhalt der L. C. auf.

Diese letztere Auffassung ist in der neuesten Zeit vorzüglich vertheidigt worden von

Wächter, Erört. III. S. 77. und
v. Savigny, Syst. VI. S. 46 unt.

Außerdem verdient noch bemerkt zu werden, daß ein neuerer Schriftsteller der L. C. seit dem J. R. A. alle Realität abspricht, und selbst geneigt ist, dem J. R. A. die Absicht unterzulegen, den Begriff der L. C. gänzlich zu verwischen.

Sintenis, Erl. I. S. 138—140.

Fortsetzung.

§. 182.

Diese zuletzt berührte Ansicht erscheint jedoch nicht als haltbar, indem nicht nur der J. R. A. (wie Sintenis selbst anführt) im §. 110 noch ausdrücklich das Wort Litiscontestation gebraucht, sondern dieses Wort auch noch in späteren Reichsgesetzen vorkommt.

Aber auch der jetzt allgemein herrschende Begriff (s. vorigen Paragraph unter A.) kann weder nach dem J. R. A., noch nach der Natur der Sache gerechtfertigt werden. Denn, wenn auch der J. R. A. für die Handlungen, welche er dem Beklagten im §. 37 vorschreibt, im §. 40 den Ausdruck „Einlassung in der Hauptsache" gebraucht, und wenn man auch ferner annimmt, daß sich das Wort litis contestatio im §. 110 ebenfalls auf die im §. 37 bezeichneten Handlungen bezieht, so ist doch nicht zu übersehen, daß in dem §. 37 keineswegs

bloß von der speciellen Beantwortung der klägerischen Geschichtserzählung allein die Rede ist, sondern auch von den peremtorischen Einreden und Vertheidigungsgründen. Die Beschränkung des Begriffes der L. C. bloß auf die Beantwortung des historischen Klagegrundes führt consequent zu dem ungereimten Resultate, daß selbst von einem Beklagten, der den geschichtlichen Grund der Klage unbedingt und in allen seinen Theilen zugestanden, und außerdem auch weder eine peremtorische Einrede vorgebracht, noch eine rechtliche Gegendeduction versucht hat, — kurz, daß auch von einem confessus in jure gesagt werden müßte, er habe *litem* contestirt, er habe dem Kläger den Krieg erklärt, während er doch in allen Beziehungen nachgegeben hat.

Diesen Einwürfen ist allerdings die im vorigen Paragraph unter B. angeführte Darstellung nicht ausgesetzt.

Daß aber der J. R. A. die generelle Erklärung der Streitabsicht des Beklagten verworfen habe, — und daß er diese Erklärung nicht mehr Litiscontestation genannt wissen wollte, läßt sich aus dem Gesetze doch auch nicht nachweisen, um so weniger, als die Intention desselben in den §§. 34 und 37 zunächst nicht auf eine Veränderung des früheren Begriffes der L. C., sondern hauptsächlich nur darauf gerichtet war, das schleppende articulirte Verfahren aufzuheben.

Der historische Zusammenhang des früheren, und des durch den J. R. A. eingeführten neuen Verfahrens scheint vielmehr folgender gewesen zu seyn:

Früherhin brauchte der Beklagte bloß überhaupt zu erklären, daß er sich den Ansprüchen des Klägers entgegensetze. Die speciellen Motive dieser Opposition war er vor der Hand nicht schuldig anzugeben. Diese folgten erst später entweder in den Responsionen auf die

Klageartikel, oder in den vorgebrachten peremtorischen Einwendungen. Diese Motive wurden aber nicht Litiscontestation genannt, sondern diesen Namen führte nur die vorausgeschickte, nackte allgemeine Erklärung.

Der J. R. A. hat nun diese allgemeine Erklärung und die Anführung der speciellen Motive derselben allerdings in einen Termin zusammengedrängt; dadurch aber keineswegs noch jene allgemeine Erklärung direct ausgestoßen.

Nur ist freilich die ausdrückliche Erklärung, streiten zu wollen, jetzt nicht mehr wesentlich nothwendig, weil sich diese Intention schon aus den vorgebrachten speciellen Gründen (Negation, Einrede oder rechtliche Gegendeduction) von selbst ergibt.

Dieser Auffassung zufolge ist die Litiscontestation auch jetzt noch, was sie von jeher war — nämlich die gerichtliche Erklärung des Beklagten, es in der Hauptsache auf einen Rechtsstreit ankommen lassen zu wollen.

Nur darf

a) diese Erklärung nicht mehr, wie ehedem, ganz allgemein hingestellt, sondern es müssen zugleich die speciellen Motive (Negation, peremtorische Einrede, rechtliche Gegendeduction) damit verbunden werden. —

Ja die Anführung solcher specieller Einwendungen macht

b) die Unterlassung des generellen Widerspruches unschädlich, weil die Streitabsicht durch die vorgebrachten Einwendungen schon ausgedrückt wird (stillschweigende Litiscontestation).

Inhalt der Litiscontestation.

§. 183.

Wenn man den im vorigen Paragraph zwar als unrichtig bezeichneten, aber doch allgemein recipirten und daher

nicht zu umgehenden Begriff der L. C. festhält, so gelangt man zu folgenden Resultaten:

1) Die L. C. ist von den peremtorischen Einreden wesentlich verschieden. Diese beruhen immer auf einer neuen, selbständigen, thatsächlichen Behauptung, während sich die L. C. nur darauf beschränkt, die Behauptungen des Klägers entweder zu bejahen, oder zu verneinen. — Dem im vorigen Paragraph vertheidigten Begriffe zufolge findet zwar der so eben angeführte Unterschied ebenfalls statt zwischen der speciellen Beantwortung der Klagegeschichte und der peremtorischen Einrede. Aber weder diese noch jene ist eigentlich die Litiscontestation selbst, sondern beide sind nur Motive, welche den Beklagten zur L. C. bestimmen können.

2) Auch die Beantwortung einer von dem Kläger aufgestellten Behauptung ist nicht immer L. C. im gewöhnlichen Sinne; sondern nur dann ist sie es, wenn die Behauptung eine *thatsächliche* war. Widerspricht der Beklagte die Anwendbarkeit des von dem Kläger angeführten *Rechtsgrundes*, so wird dieser Widerspruch nicht L. C. genannt. — Nach der hier vertheidigten Ansicht erscheint die rechtliche Gegendeduction — wie die Negation und die Einrede — als ein Motiv der L. C.

3) Die Bejahung oder Verneinung eines Thatumstandes aber, der zum historischen Fundamente der angestellten Klage gehört, wird immer als ein Bestandtheil der L. C. betrachtet, — der Kläger möge nun diesen Umstand ausdrücklich angeführt haben oder nicht. — Nicht bloß das, was der Kläger zufällig wirklich behauptete, sondern was er zur vollständigen historischen Begründung seiner Klage hätte behaupten sollen, bildet den Gegenstand der L. C.

Martin, Lehrb. §. 154. not. k.

Arten der Litiscontestation.

§. 184.

Wenn man unter L. C. bloß die Antwort auf die geschichtlichen Behauptungen des Klägers versteht, so kann sie, wie jede Antwort,

I. entweder eine bejahende, oder eine verneinende, oder eine gemischte seyn, — insofern nämlich der Beklagte einige Behauptungen des Klägers zugibt, andere widerspricht.

Soll jedoch, ungeachtet einer vollständigen Bejahung des historischen Klagegrundes, doch ein Streit entstehen, also der Ausdruck „Streitbefestigung" in diesem Falle nicht als ungereimt erscheinen, so muß zu jener Bejahung immer noch etwas hinzugefügt werden, was, ungeachtet des Nachgebens auf einer Seite, den Streit auf einer anderen Seite begründet; d. h. um auch von einem vollständig bejahenden Gegner sagen zu können, daß er *litem* contestire, muß derselbe mit seinem Geständnisse eine Einrede, oder eine rechtliche Gegendeduction verbinden.

(Nach den im §. 182 vertheidigten Begriffe der Litiscontestation kann es nur eine negative oder gemischte geben.)

Außerdem unterscheidet man noch

II. eine reine, unbedingte, und eine nur eventuelle, bedingte Litiscontestation. — Von der letzteren spricht man in dem Falle, wenn der Beklagte der Einlassung dilatorische Einreden vorausschickt, und dabei erklärt, daß er sich nur auf den Fall in der Hauptsache einlassen wolle, wenn jene Einreden beseitigt werden würden.

Endlich

III. setzt man der lit. cont. *vera*, — der von dem Beklagten wirklich vollzogenen Antwort, die l. c. *ficta* entgegen, welche im Falle des Ungehorsams des Beklagten bloß als geschehen angenommen (fingirt) wird.

Zweck der Litiscontestation, und Regeln, welche dabei zu beobachten sind.

§. 185.

Der allgemeine Zweck der Litiscontestation besteht darin, den wirklichen Eintritt eines gerichtlichen Rechtsstreites zur Gewißheit zu bringen, um hiernach die an diesen Moment geknüpften rechtlichen Folgen (s. §. 186) mit Sicherheit bemessen zu können. — Diejenigen aber, welche unter L. C. die Antwort des Beklagten auf den historischen Grund der Klage verstehen, legen ihr auch noch einen andern Zweck bei, nämlich die Ausmittlung des status causae et controversiae, d. h. derjenigen einzelnen Punkte, welche unter den Parteien wirklich streitig sind. —

Allein dieser Zweck kann durch die L. C. nur insofern erreicht werden, als der Richter durch sie erfährt, welche von den zur Begründung der Klage aufgestellten Behauptungen bestritten werden. Ein erschöpfender status causae et controversiae läßt sich im schriftlichen Verfahren jetzt schon, unmittelbar nach der Klage nur dann herstellen, wenn der Beklagte bloß den historischen Grund der Klage widersprochen, oder den Rechtsgrund derselben angefochten hat, ohne eine peremtorische Einrede vorzubringen. Hat er aber eine solche Einrede

vorgeschützt, so muß erst der Kläger darüber gehört werden, um zu erfahren, ob und inwiefern nicht auch diese ein Bestandtheil des status controversiae wird; und in gleicher Weise verhält es sich auch mit Repliken und Dupliken, welche in der Folge noch vorgebracht werden können. Ein umfassender status controversiae kann daher im schriftlichen Verfahren erst dann entworfen werden, wenn in dem zuletzt überreichten Vortrage kein neuer selbständiger Angriff mehr vorkommt. — Um übrigens den angeführten Zweck wenigstens in Beziehung auf die geschichtliche Grundlage der Klage vollkommen zu erreichen, ist es dem Beklagten zur Pflicht gemacht, bei der Beantwortung der Geschichtserzählung folgende Regeln zu beobachten:

I. Die Antwort soll speciell geschehen, d. h. der Beklagte soll jeden einzelnen, wesentlichen Thatumstand besonders hervorheben, und denselben entweder bejahen oder verneinen. (Denn die im §. 37 des J. R. A. vorgeschriebene Antwort ist an die Stelle der ehemals üblichen Responsionen auf die Klageartikel getreten.) — Nur eine ungemischt bejahende Antwort läßt man auch in einer generellen Formel zu.

II. Die Antwort soll kategorisch seyn, d. h. der Beklagte hat sich bestimmt zu erklären, ob eine Behauptung des Klägers wahr oder unwahr sey. — Die Erklärung des Nichtwissens oder Nichtglaubens vertritt jedoch die Stelle eines bestimmten Verneinens.

III. Die Antwort soll ausdrücklich und direct auf die Behauptung des Klägers selbst gerichtet werden, und nicht etwa in der Art geschehen, daß der Beklagte andere Umstände vorbringt, aus welchen man erst durch eine Schlußfolgerung das Resultat gewinnen könnte, daß

die Behauptung des Klägers als zugegeben, oder als widersprochen anzunehmen sey.

Vgl. über diese Erfordernisse den J. R. A. §. 37.

Insofern man übrigens jetzt der Litiscontestation auch den Zweck beilegt, die Streitpunkte hinsichtlich des geschichtlichen Theiles der Klage zur Kenntniß des Richters zu bringen, ist dieselbe als ein wesentlicher, nothwendiger Bestandtheil der Erwiderung des Beklagten in der Hauptsache zu betrachten, weil der Richter, ohne die Streitpunkte zu kennen, nicht im Stande wäre ein angemessenes Urtheil zu erlassen. Deßhalb wird auch bei fortgesetztem Ungehorsame des Beklagten fingirt, daß derselbe eine bestimmte Antwort gegeben habe.

Wirkungen der Litiscontestation.

§. 186.

Hinsichtlich der Wirkungen der Litiscontestation ist zu unterscheiden zwischen dem ältern Röm. Rechte, dem Justinianischen und dem jetzt geltenden:

A. Nach älterem Röm. Rechte wurde der litis contestatio eine contractähnliche Natur beigelegt,

Gaj. III. §. 180.

„incipit reus *teneri* litis contestatione“.

Fr. 3. §. 11. D. 15. 1. (Ulp.)

„judicio *contrahitur*“.

Fr. 22. D. 27. 3.

kraft welcher sich die streitenden Theile durch diesen Act obligirten, dasjenige als Recht unter sich gelten zu lassen, was der judex in ihrer Streitsache im Urtheil aussprechen würde; der Beklagte aber insbesondere verpflichtet

wurde, im Falle seiner Verurtheilung dem Kläger alles Das zu leisten, was dieser erhalten haben würde, wenn die Verurtheilung schon am Anfange des Processes hätte erfolgen können.

Fr. 40. pr. D. 5. 3.
Fr. 17. §. 1. Fr. 20. D. 6. 1.
Fr. 31. pr. D. 12. 1.
Fr. 35. Fr. 75. D. 50. 16.

Dieser Quasicontract begründete eine Art von Novation (von den Neueren novatio necessaria genannt),

Fragm. Vatic. §. 263.
Fr. 11. §. 1. D. 46. 2.
c. 2. C. 4. 10.

welche indessen freilich mit der gewöhnlichen novatio durch Stipulation (novatio voluntaria) nicht in allen Punkten übereinstimmte.

Fr. 29. D. 46. 2.
Vgl. Fr. 86 u. 87. D. 50. 17.
Vgl. darüber insbes. Keller, über L. C. u. Urtheil. S. 82 flg.
v. Savigny, Syst. VI. S. 24 flg.

Aus dieser Auffassung der litis contestatio, als einer contractähnlichen und zugleich novirenden Handlung der Parteien, erklären sich auch die einzelnen Wirkungen, welche im älteren Rechte der litis contestatio beigelegt wurden.

Mit dem Gesichtspunkte der Novation hing es nämlich zusammen, daß nach der litis contestatio die vor dem Anfange des Processes vorhanden gewesene obligatio als erloschen betrachtet, und eine andere, nämlich eben die durch den Quasicontract der litis contestatio selbst begründete, als an deren Stelle gesetzt angenommen wurde. — Indessen war doch diese Ansicht nur auf den Fall

beschränkt, wenn in legitimo judicio mit einer formula in jus concepta in personam geklagt worden war. In allen übrigen Fällen dauerte zwar ipso jure das frühere Rechtsverhältniß noch fort; wenn jedoch der Kläger dieselbe Klage neuerdings anstellte, so konnte ihr die exceptio rei in judicium deductae entgegengesetzt werden.

Gaj. III. §. 180. 181. IV. §. 106—108.

Hierauf beruht die von den neueren Rechtshistorikern s. g. consumirende Wirkung der altrömischen litis contestatio.

Vergl. darüber die oben S. 457 flg. angeführten Schriftsteller.

Mit der contractähnlichen Natur der litis contest. hängen aber nach älterem Röm. Rechte folgende Wirkungen zusammen:

1) Die active sowohl als passive Vererblichkeit auch solcher Klagen, welche sonst ihrer Beschaffenheit nach nicht auf die Erben übergehen würden.

Fr. 8. §. 1. D. 27. 7.
Fr. 26 u. 58. D. 44. 7.
Fr. 139 u. 164. D. 50. 17.

2) Die Haftung Desjenigen, welcher sich auf eine dingliche Klage einläßt, als wenn er Besitzer der in Anspruch genommenen Sache wäre, obgleich er weiß, daß er sie nicht besitzt (qui liti se obtulit), gleich dem wirklichen Besitzer.

Fr. 45. D. 5. 3.
Fr. 25. 27. §. 1. D. 6. 1.

3) Das s. g. dominium litis der Stellvertreter einer Partei.

S. oben S. 352 flg.

Vielleicht hing

4) auch die Unabtretbarkeit der Klage nach der litis contestatio mit jenem Gesichtspunkte zusammen.

c. 2 u. 4. C. 8. 37.

Außerdem gehören nach dem älteren Rechte auch noch hieher — die Unterbrechung der Klageverjährung und der longi temporis praescriptio, die Unveräußerlichkeit des Streitobjects, — und die Haftung für omnis causa.

S. oben §. 174.

Fortsetzung.

§. 187.

B. Im Justinianischen Rechte kommen zwar allerdings noch einzelne Spuren der Anerkennung der contractähnlichen Natur der l. c. vor;

Fr. 3. §. 11. D. 15. 1.

Fr. 22. D. 27. 3.

auch fehlt es nicht an einer Stelle, welche der l. c. eine novirende Kraft beilegt;

Fr. 29. D. 46. 2.

allein von einer Consumtion des Klagerechts ipso jure konnte jetzt begreiflich in keinem Falle mehr die Rede seyn, weil die Voraussetzungen, unter welchen sie allein eintrat, nicht mehr vorkommen konnten; und selbst die exceptio rei in judicium deductae wird im Justinianischen Rechte nicht mehr besonders hervorgehoben; obgleich nicht anzunehmen ist, daß sie in dem neuen Röm. Rechte alle Bedeutung verloren habe.

Was aber die übrigen altrömischen Wirkungen der l. c. betrifft, so sind mehrere derselben theils schon vor

Justinian, theils durch ihn selbst auf den Zeitpunkt der controversia mota — der Mittheilung der Klage an den Beklagten zurückverlegt worden (s. §. 174) Nur die in dem vorhergehenden §. 186 von Nr. 1—4 bezeichneten werden auch im Justinianischen Rechte noch der l. c. beigelegt.

Fortsetzung.

§. 188.

C. Nach dem heutigen Rechte werden zwei von den Wirkungen, welche auch noch im Justinianischen Rechte mit der l. c. verbunden geblieben waren, — nämlich das s. g. dominium litis der Procuratoren, und die Unabtretbarkeit der Klage von manchen, selbst nicht bloß praktischen Schriftstellern überhaupt als erloschen betrachtet.

S. über das domin. lit. oben S. 359 flg., und über die Unabtretbarkeit der Klage: Zimmermann im Arch. für civ. Praxis. Bd. XXXV. Heft 3. S. 431, und Bd. XXXVI. Heft 1. S. 49 flg., besonders S. 65.

Es bleiben daher als eigenthümliche Wirkungen der Litiscontestation nur noch übrig — die Vererblichkeit der Klagen, und die Haftung des fictus possessor. Denn die übrigen altrömischen Folgen der l. c. werden heutzutage um so mehr schon als Wirkungen der Insinuation der Klage angesehen, als dieses schon nach Justinianischem Rechte der Fall war (s. oben §. 174). Ja einige der neuesten Schriftsteller wollen selbst die Wirkungen, welche auch im Justinianischen Rechte noch ausdrücklich der l. c. zugeschrieben werden (mit Ausnahme der Haftung

des fictus possessor), nach dem jetzt geltenden Rechte auf den Zeitpunkt der Mittheilung der Klage zurückstellen, so daß dieser Zeitpunkt im heutigen Processe in allen hier in Frage stehenden Beziehungen an die Stelle des Momentes der L. C. treten würde.

v. Savigny, Syst. VI. S. 243 flg., besonders in Bezug auf die Vererblichkeit der Klagen S. 248. Nr. 4 flg.

Arndts, Lehrb. I. S. 147. not. 5.

Diese Ansicht ist jedoch nicht ohne erhebliche Bedenken. Wenn man der — freilich jetzt allgemein recipirten — Ansicht huldigt, daß die moderne L. C. nur in der nackten, bejahenden oder verneinenden Beantwortung des historischen Klagegrunds besteht, so muß zwar zugegeben werden, daß zwischen diesem Begriffe und jenen Wirkungen kein innerer juristischer Zusammenhang mehr existirt. Allein, wenn nur ein solcher innerer Zusammenhang dazu berechtigen würde, jene Wirkungen einem bestimmten einzelnen Proceßacte beizulegen, so dürften diese Wirkungen auch der Insinuation der Klage nicht beigelegt werden, weil der Begriff dieser Handlung noch weniger damit zusammenhängt, als die Antwort auf die Geschichtserzählung, welche wenigstens in der negativen Form die Absicht ausdrückt, es auf einen gerichtlichen Proceß ankommen lassen zu wollen. Bloße Gründe der Zweckmäßigkeit dürften aber nicht hinreichen, um ausdrückliche Bestimmungen des Justinianischen Rechts, welche durch kein späteres Gesetz aufgehoben wurden, für unwirksam zu erklären; um so weniger als der Gerichtsgebrauch jene Bestimmungen bisher respectirt hat. Aus diesen Gründen scheint immer noch die Ansicht den Vorzug zu verdienen, daß jene Wirkungen, welche das Justinianische Recht noch ausdrücklich der litis contestatio beigelegt hat, auch jetzt noch mit ihr zu ver-

binden, und nicht schon der Mittheilung der Klage zuzuschreiben seyen.

Wächter, Erört. III. S. 89 flg.

Vgl. Sintenis, Erläut. I. S. 145 flg.

D. Zerstörende Einreden.

(*Peremtoriae exceptiones.*)

Vorerinnerung.

§. 189.

In dem älteren Römischen Verfahren wurden zwar alle exceptiones, ohne Unterschied zwischen dilatoriis und peremtoriis processualisch auf gleiche Art behandelt, und in Folge dieser Behandlung konnte, wie bereits früher (S. 570) bemerkt wurde, eine dilatoria exceptio selbst die definitive Lossprechung des Beklagten bewirken. Da sich jedoch dieses Verhältniß schon vor Justinian verändert hatte, und da von der processualischen Stellung und Wirkung der dilatorischen Einreden im heutigen Processe schon oben gehandelt worden ist, so sind die folgenden Erörterungen zunächst nur auf peremtorische Exceptionen zu beziehen. Hinsichtlich der Begriffsbestimmung ist es übrigens nothwendig, die materielle Bedeutung dieser Exceptionen von der formellen zu trennen, und den gegenwärtig herrschenden Ansichten eine geschichtliche Entwickelung des Begriffes dieser Einreden vorausgehen zu lassen.

Materieller Begriff.

§. 190.

Jede Gesetzgebung, welche Privatrechte anerkennt und geschützt wissen will, muß zur Erreichung dieses Zweckes für jedes jener Rechte eine Regel aufstellen, welche die allgemeinen Bedingungen enthält, von deren Vorhandenseyn der wirkliche Schutz des Rechtes in concreto abhängt. Da es jedoch nicht möglich ist, alle besonderen Verhältnisse vorauszusehen, unter welchen jene Regeln irgend einmal zur Anwendung gebracht werden könnten, so ist nicht zu vermeiden, daß in der Folge zuweilen die Anwendung einer solchen Regel auf einen Fall verlangt wird, in welchem zwar die allgemeinen Bedingungen des zugesicherten Schutzes vorhanden sind, gleichwohl aber die wirkliche Realisirung desselben dem Rechtsgefühle widerstrebt. Je einfacher und roher der Inhalt der ursprünglich aufgestellten Regel ist, desto öfter wird sich bei der Anwendung derselben auf einzelne Fälle dieser Mißstand fühlbar machen. — Bei fortschreitender Cultur wird sich daher die Gesetzgebung genöthigt sehen, in gewissen Fällen oder unter gewissen Voraussetzungen der aufgestellten Regel ihre Wirksamkeit zu entziehen, und Demjenigen, gegen welchen sie in solchen Fällen angerufen wird, Schutz zu gewähren; mit andern Worten, die Gesetzgebung wird sich genöthigt sehen, von der ursprünglich aufgestellten allgemeinen Regel zu Gunsten des Angegriffenen in gewissen einzelnen Fällen eine Ausnahme zu gestatten, ohne um deßwillen die Regel selbst als solche umzustoßen. Auf diesem Gedanken beruht im Allgemeinen die Vertheidigung durch Exceptionen.

Auch dem Röm. Rechte liegt dieser Gedanke zum Grunde. Denn, wenn Gajus (IV. §. 116) diese Schutzmittel durch die Angabe des Falles, in welchem sie anwendbar sind, in der Art charakterisirt, daß er bemerkt: „Sæpe accidit, ut quis *jure civili* teneatur, sed *iniquum* sit, eum judicio condemnari,“ und wenn man zugleich die zur Erläuterung dieser Bemerkung beigefügten Beispiele damit zusammenhält, so stimmt diese Auffassung mit der eben gegebenen Darstellung im Wesentlichen vollkommen überein.

Dieser materielle Begriff der exceptio hat sich auch im Röm. Rechte nie verändert, und wir finden die von Gajus gegebene Beschreibung beinahe unverändert auch in den Institutionen Justinians wieder.

pr. J. 4. 13. (De except.)

Die im Laufe der Zeit nothwendig werdenden Ausnahmen von den ursprünglich aufgestellten Regeln sollten nun freilich nach den modernen Vorstellungen über die Entstehung des positiven Rechtes immer von der Gesetzgebung selbst statuirt werden, und zuweilen ist dieß auch im älteren Röm. Rechte schon wirklich geschehen (lex Cincia, l. Plætoria, Sct. Vellej. Macedon.). Allein nach der älteren Röm. Verfassung war die Befugniß, solche Ausnahmen zu statuiren, und dadurch die allgemeinen Rechtsregeln mit den Anforderungen der fortschreitenden Rechtsbildung und mit den Eigenthümlichkeiten einzelner Fälle in Einklang zu bringen, vorzugsweise den Prätoren überlassen, als denjenigen Obrigkeiten, welchen überhaupt die jurisdictio zustand. Hierauf beruht die römische Eintheilung der exceptiones in solche, „quae ex *legibus* vel ex his, quae *legis vicem* obtinent, substantiam capiunt, — vel ex *jurisdictione* Praetoris proditae sunt.“

Gaj. l. c. §. 118.

Die prätorischen Exceptionen bilden im Römischen Rechte die weit überwiegende Mehrzahl, so zwar, daß in neuerer Zeit selbst die Ansicht vertheidigt werden konnte, ursprünglich seyen alle exceptiones prätorischen Ursprungs gewesen.

Anfänglich wurden übrigens wahrscheinlich diese Schutzmittel nur in einzelnen Fällen ertheilt, in welchen sich der Prätor durch die Umstände dazu bewogen fand; späterhin aber wurden gewisse exceptiones, wegen ihrer allgemeinen Anwendbarkeit und Erheblichkeit, schon in dem Edicte voraus verheißen.

Gaj. IV. §. 118. pr.

Form der Geltendmachung einer exceptio.

§. 191.

Daß Exceptionen in dem materiellen Sinne des vorigen Paragraphen zu allen Zeiten des Röm. Rechts, — auch schon zur Zeit der legis actiones vorkommen konnten, ist ungeachtet der scheinbar widersprechenden Aeußerung von

Gaj. IV. §. 108.

nicht zu bezweifeln.

Vgl. darüber besonders: v. Helmolt, Verhältn. der Excerpt. zur Beweislast. Gießen 1852. S. 17 flg.

Nur über die Form, in welcher diese Art von Vertheidigung zu jener Zeit geltend gemacht wurde, fehlen uns sichere Nachrichten.

S. darüber Keller a. a. O. I. S. 149.

v. Helmolt a. a. O. S. 7 flg.

Desto genauer und vollständiger ist uns aber die formelle Behandlung der exceptio zur Zeit des ausgebildeten Formularprocesses bekannt, und diese Behandlung verdient um so mehr beachtet zu werden, als damit nicht nur die technische Bezeichnung dieser Art von Vertheidigung, sondern auch die eigenthümliche Beschränkung des Römischen Begriffes der exceptio im Vergleich mit andern Arten der Defension auf das genaueste zusammenhängt. — Bekanntlich lautete die gewöhnliche Formel, welche der Prätor dem judex ertheilte, so: *Si paret* Numerium Negidium Aulo Agerio, z. B. Sestertium X. millia *dare oportere* ... condemna; *si non paret* absolve. — Durch diese Formel war der judex — auch ohne jeden weiteren Beisatz — schon für zwei Fälle ermächtigt, den Beklagten zu absolviren; nämlich a) für den Fall, wenn der Kläger den Grund seiner intentio (z. B. die behauptete stipulatio) in judicio nicht zu beweisen vermöchte (denn auf diesen Fall gingen direct die Worte der Formel: „Si *non paret* absolve"); und b) auch für den Fall, wenn der Beklagte im Stande seyn würde, nachzuweisen, daß das Recht des Klägers, obgleich vielleicht früher begründet, doch späterhin wieder auf eine schon in den allgemeinen Regeln des Civilrechts begründete Art (z. B. durch solutio) aufgehoben worden sey. — Denn auch in diesem Falle konnte nach dem Ergebnisse des von dem Beklagten gelieferten Beweises gesagt werden, — die nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Gegenwart gestellte Voraussetzung der Formel „si *non paret, dare oportere*" sey zugetroffen, indem ja der Beklagte, wenn er z. B. schon vor der Litiscontestation solvirt hatte, jetzt wirklich nicht mehr civiliter obligirt war.

Zur wirksamen Vertheidigung des Beklagten durch bloßes Läugnen des thatsächlichen Fundaments der klägerischen Intention, sowie durch die Behauptung einer civilrechtlichen Wiederaufhebung des klägerischen Rechtes, reichte daher die gewöhnliche Formel vollkommen aus. Wenn sich aber der Beklagte (sey es nun ausschließlich oder neben anderen Defensionsgründen) zu seiner Vertheidigung auf einen Umstand berief, von dem er selbst im Falle des noch fortdauernden Begründetseyns des klägerischen Rechtes einen Schutz gegen die Condemnation erwarten konnte, entweder weil ein besonderes Ausnahmsgesetz oder das prätorische Edict jenem Umstande diese schützende Kraft beigelegt hatte, oder weil wenigstens zu hoffen war, daß der Prätor in dem vorliegenden Falle billige Rücksicht darauf nehmen werde; — so mußte deßhalb noch eine eigene Clausel, — ein Vorbehalt ausdrücklich in die Formel aufgenommen werden, durch welchen die Ermächtigung des judex zum Absolviren auch auf den Fall erweitert wurde, wenn jener schützende Umstand bewiesen werden sollte. Denn ohne eine solche Ermächtigung würde der judex in Folge seines Subordinationsverhältnisses nicht berechtigt gewesen seyn, bei der Fällung seines Urtheils auf jenen Umstand Rücksicht zu nehmen.

Diese besondere Clausel in der Formel des Prätors wurde nun durch den Ausdruck „exceptio" bezeichnet; und die Benennung war auch vollkommen passend. Denn die Clausel enthielt eine noch speciellere Ausnahme von dem allgemeinen Condemnationsbefehle, als welche schon in dem „si non paret" enthalten war. Auch erklärt sich aus der angedeuteten Fassung der Formel, warum für die Art von Vertheidigung, welche das Recht des Klägers als an sich schon (ipso jure) erloschen erklärte, nie

der Ausdruck exceptio gebraucht wurde, indem diese Vertheidigung schon durch das „si non paret" unterstützt war, also einer besonderen Clausel (exceptio) nicht mehr bedurfte.

Vergl. über das Ganze:

Puchta, Instit. II. S. 145 flg.

Keller a. a. O. I. S. 138 flg.

Die processualischen Eigenthümlichkeiten der exceptio im Vergleiche mit anderen Vertheidigungsgründen, insbesondere mit einer defensio, welche das Recht des Klägers als ipso jure vernichtet oder aufgehoben darstellte, traten demnach in folgenden Beziehungen hervor:

a) Die exceptio mußte von dem Beklagten ausdrücklich schon *in jure* postulirt werden, und zwar, in der Regel wenigstens, mit specieller Bezeichnung des Grundes, auf welchem sie beruhte. Die übrigen Defensionen der angedeuteten Art konnten aber auch noch in judicio geltend gemacht werden, wenn nur der Beklagte in jure überhaupt die intentio des Klägers widersprochen hatte.

b) Die exceptio mußte in der Regel speciell in die Formel aufgenommen werden. Nur bei den bonae fidei judiciis war die Aufnahme solcher Einwendungen, welche als doli exceptio hätten gefaßt werden können, nicht nothwendig, weil hier schon die allgemeine Condemnationsbedingung (ex fide bona) den judex ermächtigte, zu absolviren, sofern die Forderung des Klägers der bona fides nicht gemäß seyn würde. (Doli exceptio bonae fidei judiciis inest.)

Fr. 21. D. 24. 3.

Fr. 84. §. 5. D. De legat. I.

Fragm. Vat. §. 94.

Puchta, Instit. II. S. 152.

Bei den übrigen Defensionen war hingegen eine specielle Erwähnung in der Formel in jedem Falle überflüssig, weil sie schon unter die allgemeine Anweisung „si non paret... absolve" subsumirt werden konnten.

Fortsetzung.

§. 192.

Mit der Aufhebung des alten ordo judiciorum fiel der so eben angedeutete processualische Unterschied zwischen Exceptionen und Defensionen hinweg. Von einer Aufnahme der exceptio in die formula konnte ohnehin nicht mehr die Rede seyn, weil keine formula mehr ertheilt wurde. Aber auch die damit zusammenhängende Nothwendigkeit, die exceptiones schon in dem Einleitungsstadium des Processes speciell vorzuschützen, scheint wenigstens in dem Falle, wenn der Beklagte der Klage einen Widerspruch entgegensetzte, allmählich verschwunden zu seyn. Nur die dilatorischen exceptiones mußten noch in exordio litis vorgebracht werden.

c. 19. C. 4. 19.

c. 12. 13. C. 8. 36.

Die peremtorischen wurden aber bis zur sententia definitiva zugelassen.

c. 2. C. 7. 50.

c. 8. C. 8. 36.

Vgl. c. 4. C. ibid.

Wenn daher ungeachtet dieser Veränderung der Ausdruck exceptio auch jetzt noch in allen Gesetzen, und selbst in den Constitutionen Justinians vorkommt, so kann damit wohl kein anderer, als der allgemeine materielle

Begriff verbunden werden, demzufolge die exceptio jene Art der Vertheidigung bildet, bei welcher sich der Beklagte auf eine Ausnahme von der allgemeinen Regel beruft, welche der Kläger zur Begründung seines Condemnationsantrages angeführt hatte oder anführen konnte. Ja selbst dieser materielle Begriff ist nicht mehr durchgehends strenge in dem älteren Sinne festgehalten.

z. B. c. 30. C. 5. 12.
c. un. C. 7. 31.

Bloß als eine Folge der gesunkenen Kunstsprache dürfte diese Erscheinung kaum zu betrachten seyn, indem sich eine Ungenauigkeit in dem Gebrauche von Kunstworten erst dann einzustellen pflegt, wenn die Begriffe selbst an Schärfe zu verlieren angefangen haben.

Fortsetzung.

§. 193.

Die Glossatoren hatten zwar keineswegs die Absicht, an dem Röm. Begriffe der exceptio etwas zu ändern. Allein sie fanden in einzelnen Stellen der Justinianischen Sammlung die scharfe Gränzlinie zwischen exceptio und defensio schon so verwischt, daß man sich nicht darüber wundern kann, wenn man in der Glosse beiderlei Arten der Vertheidigung in dem allgemeinen Begriffe der exceptio vereinigt findet. — Nur in einer Eintheilung der Exceptionen wurde der Unterschied zwischen beiden wieder hervorgehoben, nämlich in der Eintheilung in exceptiones *juris* (oder actionis) und in exceptiones *facti* (oder intentionis). Den letzteren Ausdruck gebrauchten die Glossatoren für solche Einwendungen, kraft welcher der Beklagte behauptete, daß dem Kläger

gar kein Klagerecht zustehe, — schon ipso jure nicht. Von einer exceptio juris sprachen sie aber in dem Falle, wenn der Beklagte zwar zugeben mußte, daß dem Kläger ipso jure eine actio zustehe, sich aber auf einen Umstand berief, durch welchen die actio ihre Wirksamkeit verlor.

Vergl. die Glosse zu

Fr. 2. pr. D. 44. 1.

Fr. 27. §. 7. D. 2. 14.

und besonders zu

Fr. 74. §. 2. D. 5. 1.

Auch in der Glosse zum canonischen Rechte kommt dieselbe Eintheilung in gleichem Sinne vor. Vgl. Gl. zu c. 1. in 6to De L. C. und zu Clem. un. De except.

Vergl. v. Helmolt, Verhältn. der Except. u. s. w. S. 298. II. flg.

Auch suchte man dieser Eintheilung dadurch eine praktische Bedeutung zu verschaffen, daß man den except. facti in processualischer Beziehung mancherlei Vorzüge vor den except. juris einräumte. — Da man sich jedoch über die Frage, welche Einreden der ersten oder der zweiten Classe von Exceptionen beizuzählen seyen, in der Doctrin nie vereinigen konnte, vielmehr die Ansichten hierüber immer in größere Verwirrung geriethen, so fand es die Gesetzgebung angemessener, beiderlei Arten der Vertheidigung in der processualischen Behandlung einander gleichzustellen, als sich auf eine genaue Gränzbestimmung zwischen except. juris und facti einzulassen.

Vgl. c. 1. in 6to De L. C.

(exceptionis peremtoriae *seu defensionis* cujuslibet").

C. G. O. von 1521 („von die peremtorie oder endtlich Einred, . . . Defension oder andere Behelf").

C. G. O. von 1523. III. §. 4. („peremtorias und endtlich Einred, oder sunst andere Defension").

M. Albrecht, die Except. u. s. w. §. 21 flg.

Diese Gleichstellung in der processualischen Behandlung hatte aber die Folge, daß man späterhin die Eintheilung der Einwendungen in except. juris und facti wenigstens im Sinne der Glossatoren (denn in einer anderen Bedeutung hat sich dieselbe allerdings auch noch in der neueren Doctrin hie und da erhalten) allmählich zurücktreten ließ, und nur noch die von den Glossatoren statuirte Generalisirung des Wortes exceptio festhielt, gemäß welcher dasselbe zur Bezeichnung aller Vertheidigungsmittel des Beklagten, — etwa mit Ausnahme des einfachen Läugnens — gebraucht werden konnte.

Daher findet man bei den späteren Schriftstellern neben der exceptio doli, metus, Scti Macedon. u. dgl. auch die exceptio *solutionis, novationis, nullitatis* u. s. w., welche doch im Röm. Rechte nie als exceptiones bezeichnet werden.

v. Helmolt a. a. O. S. 307 unt. und 308.

Ueber den gegenwärtigen Begriff der peremtorischen Einreden.

§. 194.

So verschieden auch, wie sich in den folgenden Paragraphen zeigen wird, die Ansichten darüber sind, was heutzutage unter peremtorischen Einreden zu verstehen sey, so müssen doch folgende Punkte von den Vertheidigern aller dieser verschiedenen Ansichten zugegeben werden:

1) daß weder im canonischen Rechte, noch in irgend einem deutschen Reichsgesetze eine eigenthümliche Legaldefinition der peremtorischen Exceptionen zu finden ist;

2) daß man gegenwärtig den Ausdruck exceptio in dem Falle nie mehr gebraucht, wenn sich der Beklagte bloß durch Negation solcher Thatsachen zu vertheidigen sucht, welche zur regelmäßigen Begründung der angestellten Klage erforderlich sind; — daß man aber

3) diesen Ausdruck in der Praxis keineswegs mehr auf den Fall beschränkt, wenn sich der Beklagte auf eine Ausnahmsbestimmung beruft, durch welche eine, der Regel nach begründete Klage unwirksam gemacht werden soll, sondern daß man auch dann von einer peremtorischen exceptio spricht, wenn der Beklagte behauptet, daß das vielleicht früherhin wirksam begründet gewesene Klagerecht später durch irgend einen Vorgang wieder aufgehoben worden sey, z. B. durch solutio, novatio, compensatio u. dgl.

Hält man aber die beiden letzten Punkte fest, so gelangt man zu folgender Begriffsbestimmung:

Eine peremtorische Einrede im Sinne des jetzt geltenden Rechts ist dann vorhanden, wenn der Beklagte entweder

1) behauptet, daß das Recht des Klägers, — wenn dasselbe auch früher existirt hätte — doch nachher wieder aufgehoben worden sey; — oder, wenn er sich

2) auf einen Thatumstand beruft, durch welchen die Wirksamkeit der im Allgemeinen begründeten Klage vermöge einer besonderen Ausnahmsbestimmung verhindert wird.

Ueber die Einreden der ersten Art kann nicht wohl ein Zweifel entstehen, weil die verschiedenen Aufhebungsarten der einzelnen klagbaren Rechte in den Civilgesetzen hinreichend genau bestimmt sind.

Schwieriger ist aber allerdings die Ausmittlung des Umfanges der zweiten Classe von Einreden, weil in den Gesetzen nicht immer scharf genug bestimmt ist, welche einzelnen thatsächlichen Momente zur allgemeinen, regelmäßigen Begründung einer Klage wesentlich erforderlich seyen, und daher in einem solchen Falle leicht eine Meinungsverschiedenheit darüber entstehen kann, ob eine Aeußerung des Beklagten nur als eine Negation, oder als eine exceptio zu betrachten sey. — Durch allgemeine Regeln läßt sich jedoch diese Schwierigkeit nicht beseitigen, sondern in vorkommenden Zweifelsfällen dieser Art muß man gleichwohl mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der angestellten Klage und mit Zuhülfenahme passender Analogien das Richtige zu finden suchen.

v. d. Pfordten in den Blättern für Rechtsanwendung, Jahrg. 1838. S. 17 flg. S. 33 flg., bes. S. 40. — Ferner S. 353 flg.

Jul. Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Except. München 1835.

Fortsetzung.

Abweichende Ansichten.

§. 195.

Die Verschiedenheit der Ansichten über den Begriff der peremtorischen Exceptionen ist hauptsächlich durch zweierlei Gründe veranlaßt worden, nämlich 1) durch den Umstand, daß in keiner nach dem Römischen Rechte entstandenen gesetzlichen Quelle eine neuere Begriffsbestimmung für diese Art von Schutzmitteln zu finden ist; und 2) durch den genauen Zusammenhang, in welchem die Exceptionen mit der Beweislast stehen.

Der erste Umstand hat in der neuesten Zeit einige der angesehensten Rechtslehrer bewogen, den Römischen Begriff der exceptio auch noch für das jetzt geltende Recht festzuhalten.

Die Rücksicht auf die Beweislast hat aber dazu geführt, den Begriff der exceptio vorzugsweise nach den Grundsätzen über die Frage zu construiren, welche Behauptungen der Beklagte zu beweisen verpflichtet ist.

A. Für die Beibehaltung des Röm. Begriffes haben sich insbesondere erklärt:

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 373.
v. Savigny, System V. S. 160. 166.
Puchta, Pand. §. 93.
Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. II. Heft 3. S. 341 flg.
Arndts, Lehrb. I. §. 101.
v. Helmolt, Verhältn. der Except. zur Beweislast. S. 315. Nr. 5. Vgl. S. 66.

Weil sie jedoch zugeben müssen, daß der Ausdruck exceptio gegenwärtig nicht bloß in der Praxis, sondern

auch in der Doctrin in einem viel weiteren Sinne gebraucht wird, so ist ihr Streben dahin gerichtet, diesen Sprachgebrauch wieder zu reinigen, und zwar in der Art, daß sie vorschlagen, die Ausdrücke „exceptio“ und „Einrede“ in der juristischen Kunstsprache zu trennen, und den ersteren nur zur Bezeichnung der Römischen exceptio, den letzteren aber zur Bezeichnung aller übrigen Vertheidigungsarten des Beklagten zu gebrauchen, welche die Römer unter dem Ausdrucke „defensio“ zusammenzufassen pflegten.

v. Savigny a. a. O. S. 169.
v. Helmolt a. a. O. S. 315.

Für das System des Römischen Civilrechts ist dieser Wunsch, den Römischen Begriff der exceptio nicht durch eine fremdartige Beimischung trüben zu lassen, auch allerdings wohlbegründet.

Vgl. vorzüglich: Dr. K. Büchel, über die Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen. Marburg 1836. S. 1—45.

Allein für den Vortrag des jetzt geltenden Proceßrechtes besteht nicht nur kein Bedürfniß, eine solche Ausscheidung aufzunehmen, sondern eine doctrinelle Absonderung der exceptiones von den Einreden könnte leicht zu dem Gedanken führen, daß auch in der processualischen Behandlung dieser beiden Vertheidigungsarten ein Unterschied stattfinde, während sie doch gegenwärtig in dieser Beziehung einander vollkommen gleichgestellt sind.

Diese formelle Gleichstellung wird auch von einigen der oben angeführten Schriftsteller ausdrücklich zugegeben.

v. Savigny a. a. O. S. 184 flg.
Puchta a. a. O. S. 134. not. b., und besonders desselben Institut. II. S. 247.

Nur v. Helmolt bestreitet eine solche formelle Gleichstellung auch noch in Beziehung auf das heutige Verfahren.

Das Argument, welches dieser Bestreitung zu Grunde gelegt wird, ist im Wesentlichen folgendes:

Nach dem ältern Röm. Rechte habe sich der Kläger gegen eine eigentliche exceptio durch alle Schutzmittel vertheidigen können, durch Abläugnen, wieder durch exceptio (replicatio), und endlich auch durch eine Gegeneinrede, welche den eigenthümlichen Charakter einer wahren replicatio nicht an sich trug, und für welche der Verfasser zur Unterscheidung von einer wahren replicatio den Ausdruck „Replik" in Vorschlag bringt.

Die Vertheidigung des Klägers gegen eine Einrede (also gegen eine Einwendung, welche keine wahre exceptio war) sey aber mehr beschränkt gewesen. Denn gegen eine Einrede, welche die actio als später vernichtet darstellte, habe sich der Kläger nur durch Abläugnen, oder durch eine Replik oder replicatio, die sich auf die Entstehung, nicht auch durch eine solche, welche sich auf eine Aufhebung jener Einrede bezog, schützen können. Gegen eine Einrede aber, welche die Entstehung der actio betraf, sey nur Abläugnung allein (also weder eine Replik noch eine replicatio) zulässig gewesen.

Wenn daher der Kläger eine die Klage vernichtende Einrede in seiner Gegenerinnerung selbst wieder als aufgehoben darzustellen versucht hätte (z. B. die Behauptung einer früheren novatio durch die Behauptung einer späteren), so würde dieser Versuch ohne Erfolg geblieben seyn, weil eine ispo jure erloschene actio nicht wieder auferweckt werden konnte. Der Kläger habe daher in einem solchen Falle vielleicht eine neue actio anstellen, aber nicht die anfänglich angestellte in demselben judicium fortführen können.

Zur Rechtfertigung dieser Darstellung beruft sich der Verfasser vorzugsweise auf

Fr. 27. §. 2. D. 2. 14. und auf

Fr. 1. §. 7. D. 4. 3.

Im Justinianischen Rechte (fährt derselbe fort) sey nun zwar dieser processualische Unterschied zwischen exceptio und Einrede nicht mehr sichtbar hervorgetreten, weil nach §. 35. J. 4. 6. die actio auch manente eodem judicio habe abgeändert werden dürfen. Allein durch die deutschen Reichsgesetze, insbesondere durch §§. 34 und 37 des J. R. A., sey dieser Unterschied wieder zur Geltung gekommen, und bestehe demnach auch gegenwärtig noch; — d. h. wenn der Kläger einer die Klage als nichtig oder vernichtet darstellenden Einwendung des Beklagten eine Gegeneinwendung opponire, welche jene Einwendung selbst als später wieder aufgehoben darstelle, so liege darin eine Klageänderung. Es müsse daher die erste Klage angebrachter Maßen abgewiesen werden, und der Kläger könne sich etwa nur durch Anstellung einer neuen Klage zu helfen suchen.

v. Helmolt a. a. O. S. 210—215. Vgl. S. 161 flg. S. 280 und S. 316 Nr. 7.

Daß dieser Versuch, das Fortbestehen des processualischen Unterschiedes zwischen der Röm. exceptio und der bloßen defensio auch im heutigen Rechte nachzuweisen, andere Versuche ähnlicher Art an Scharfsinn und Gehalt übertrifft, ist nicht zu läugnen. Denn es kann nicht widersprochen werden, daß ein ipso jure vernichtetes Klagerecht in der Regel dadurch nicht wiederhergestellt werden kann, daß etwa durch eine spätere Uebereinkunft der Betheiligten dem vernichtenden Acte die bereits geäußerte Wirkung entzogen werden will. Durch eine solche Uebereinkunft kann zwar ein mit dem

früheren Klagerechte materiell übereinstimmendes Recht aufs Neue geschaffen, aber nicht das bereits erloschene selbst wieder ins Leben gerufen werden.

Wenn sich daher der Kläger in seiner Replikserinnerung auf eine solche Uebereinkunft beruft, so enthält dieses Vorbringen genau genommen wirklich eine Klageänderung.

Daß aber eine solche Aenderung mit Beibehaltung des nämlichen Verfahrens nicht zugelassen werden soll, ist zwar in dem J. R. A. nicht mit directen Worten ausgesprochen; allein es folgt doch wenigstens mittelbar aus den Bestimmungen dieses Gesetzes über die auf präclusiven Fristen beruhende Gliederung des ersten Verfahrens.

Dessen ungeachtet steht auch dieser Darstellung manches Bedenken entgegen. Denn auch abgesehen davon, daß diese Verschiedenartigkeit in der processualischen Behandlung bloßer Einreden und eigentlicher exceptiones keineswegs bei allen Einreden, sondern nur bei einzelnen Arten derselben, und nur in gewissen, nur sehr selten vorkommenden Combinationen hervortritt, während in allen übrigen allgemeinen processualischen Beziehungen, z. B. in Ansehung der Zeit des Vorbringens, der Beweislast, der Nothwendigkeit der Vernehmung des Gegners, Einreden und Exceptionen jetzt einander vollkommen gleichstehen; — abgesehen ferner davon, daß nicht zu hoffen ist, daß sich die Praxis das künstliche System, auf welchem diese Unterscheidung beruht, und die zur Durchführung desselben vorgeschlagene Terminologie aneignen werde, — da die Gränze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in vielen Verhältnissen sehr unsicher und schwankend ist; — kann selbst die Zweckmäßigkeit der praktischen Geltendmachung jenes Unterschiedes in solchen Fällen, in welchen er wirklich begründet ist, in

Zweifel gezogen werden. Denn wenn eine Replik zugleich eine Klageänderung enthält, so ist diese mit einer Klageänderung, welche mit den bisherigen Vertheidigungsmitteln gar nicht zusammenhängt, doch nicht auf gleiche Linie zu stellen. Die Verfügung auf eine veränderte Klage der letzteren Art kann aus formellen und materiellen Gründen nicht in der Fortsetzung des bisherigen Verfahrens bestehen, sondern hier muß der Streit von vorne begonnen werden. Bei einer Klageänderung der ersten Art hingegen ist die Continuation des bisherigen Verfahrens ohne Gefahr für den Beklagten, weil er alle Einwendungen, die ihm gegen den neuen in der Replik enthaltenen klägerischen Anspruch zu Gebote stehen, als Einwendungen gegen die Replik vorbringen kann. Würde man aber auch hier, wie in dem ersten Falle, das bisherige Verfahren abbrechen und dem Kläger die Eröffnung eines neuen Processes zur Pflicht machen, so bliebe diesem doch nichts anderes übrig, als die vorige Replik in der neuen Klage zu anticipiren, d. h. alles bereits Verhandelte zu wiederholen.

In processualischer Beziehung dürfte daher die bisher angenommene Gleichstellung der Exceptionen mit den Einreden noch nicht in dem Grade erschüttert seyn, daß man hinreichende Ursache hätte, dieselbe aufzugeben.

Uebrigens ist in Beziehung auf die Ansicht, daß der Römische Begriff der exceptio auch für das heutige Verfahren festzuhalten sey, noch zu bemerken, daß unter den Vertheidigern dieser Ansicht über den Röm. Begriff selbst keine vollständige Uebereinstimmung herrscht. Von mehreren neueren Schriftstellern wird die Röm. exceptio definirt als eine Vertheidigung des Beklagten, welche auf der Behauptung eines selbständigen Rechtes desselben beruht.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 373.
v. Savigny, Syst. V. S. 160.
Arndts, Lehrb. §. 101.

Allein gegen diese Definition ist selbst von dem Standpunkte der Röm. Rechtes mit Grund erinnert worden, daß sie nicht durchgehends zutreffe, und bald zu enge, bald zu weit sey.

Vgl. F. J. Bekker, die processſ. Consumtion. Berlin 1853. §. 8. S. 86. und bes. S. 93.
G. W. Wetzell, Syst. des ord. Civilproc. I. Abth. Leipzig 1854. S. 100. not 15. (Ein Werk, welches mir erst zugekommen ist, nachdem die ersten Lieferungen der gegenwärtigen Vorträge bereits gedruckt waren.)

Fortsetzung.

§. 196.

B. Was die Construirung des modernen Begriffes der Exceptionen mit ausschließender oder doch überwiegender Rücksicht auf die Beweislast des Beklagten betrifft, so ist dieselbe von mehreren neueren Proceßlehrern, am entschiedensten aber von

Heerwart im Archiv für civil. Praxis Bd. XIV. S. 226.

versucht worden. (Eine übersichtliche Classification dieser Versuche findet sich in der letzten Auflage der gegenwärtigen Vorträge S. 349 flg.)

Da jedoch die Beweislast nicht ein inneres Merkmal im Begriffe der exceptio, sondern nur eine Folge des Excipirens ist; und da es selbst vorkommen kann,

daß der Beklagte auch in dem Falle einer bloßen Abläugnung des Klagegrundes zur Beweisführung verpflichtet ist, so können auch diese Versuche nicht befriedigen.

Eine ganz eigenthümliche, rein formelle Auffassung des Röm. und des modernen Begriffes der exceptio findet sich in einem Aufsatze von

Dr. Otto Frhrn. v. Voeldernndorff in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll. Neue Folge. Bd. XI. Heft 2. S. 290 flg.

Verschiedene Arten von Einreden.

§. 197.

Abgesehen von der Eintheilung der Exceptionen in dilatorische und peremtorische, sind noch folgende Unterscheidungen zu bemerken:

1) Exceptiones *rei* und exc. *personae* cohaerentes (dingliche und persönliche Einreden). — Unter den ersteren sind solche zu verstehen, welche mit dem der Klage zu Grunde liegenden Verhältniß dergestalt zusammenhängen, daß sie nicht nur von dem ursprünglich Verpflichteten gebraucht werden können, sondern auch von dessen Rechtsnachfolgern und Bürgen. Exc. personae cohaerentes werden aber diejenigen genannt, welche sich nur auf eine bestimmte Person beschränken.

Fr. 7. pr. u. §. 1. D. 44. 1.

Die dingliche Natur bildet die Regel;

§. ult. J. 4. 14.

persönliche Einreden kommen nur ausnahmsweise vor.

Fr. 7. pr. D. cit.

Fr. 24 u. 25. D. 42. 1.

Fr. 21. §. 5. Fr. 22—26. Fr. 32. D. 2. 14.
Fr. 3. pr. D. 21. 3.

Auch bezüglich der Verpflichtung des Klägers, sich eine Exception gefallen zu lassen, kommt eine ähnliche Unterscheidung vor, indem in der Regel eine exceptio gegen Jeden gebraucht werden kann, welcher den durch sie ausgeschlossenen Anspruch erhebt; zuweilen aber eine Einrede nur gewissen Klägern gegenüber zulässig ist.

Fr. 4. §. 27. 31. D. 44. 4.
Vgl. Fr. 4. §. 33. D. eod.
v. Savigny, Syst. V. S. 177.

2) Die schon von den Glossatoren herrührende Eintheilung der Einreden in except. juris und facti, sowie die Bedeutung, welche die Glossatoren dieser Eintheilung beilegten, ist schon oben angegeben worden.

Neuere Schriftsteller haben jedoch andere Begriffe damit verbunden. — Einige verstehen nämlich

a) unter except. juris solche Einreden, welche nur auf einem Rechtssatze, — unter exc. facti solche, welche nur auf einem thatsächlichen Verhältnisse beruhen.

Claproth, ord. Pr. II. S. 107. Nr. I.
Reinhardt, Handb. I. §. 129.

b) Gensler (Comment. zu Martin I. S. 165. lit. E.) bezeichnet aber als exc. juris diejenigen, welche aus der eigenen Geschichtserzählung des Klägers hergenommen werden können, so daß es nur noch einer Beziehung auf das Gesetz bedarf, um die Klage als unstatthaft darzustellen.

Allein, auch abgesehen davon, daß beide Begriffsbestimmungen einer gesetzlichen Grundlage entbehren, ist die erstere an sich schon unrichtig, indem jede Einrede, — auch die als Beispiele einer exc. juris oder facti angeführten nicht ausgenommen, — immer zugleich auf

einer gesetzlichen Vorschrift und auf einem Factum beruht und beruhen muß.

Was aber die Gensler'sche Darstellung betrifft, so kann Das, was hier als das Auszeichnende der exc. juris hervorgehoben wird, nicht als eine besondere Eigenthümlichkeit einer gewissen Classe von Einreden bezeichnet werden. Denn, wenn der Kläger so unvorsichtig ist, in der Klageschrift einen Thatumstand zuzugeben, welchen der Beklagte zur Begründung einer Einrede benützen kann, so ist der Letztere durch das eigene Geständniß des Klägers immer von der Beweislast frei, die Einrede mag nun seyn welche sie wolle. — In diesem Sinne ist daher die Eintheilung ganz überflüssig.

Vgl. Albrecht a. a. O. §. 23 flg. Brackenhöft über den Klagegrund. Zeitschr. von Linde Bd. XI. Heft 2. S. 231. not. 1.

3) Aehnliche Einwendungen gelten auch in Bezug auf die Eintheilung der Einreden in bejahende und verneinende.

Unter verneinenden Einreden verstehen nämlich

I. Einige solche, wobei der Beklagte ein Factum anführt und läugnet, welches eigentlich schon der Kläger zur Begründung seiner Klage hätte berühren sollen.

Weber über Verb. zur Beweisf. S. 241 flg.

Allein ein Vorbringen dieser Art ist nichts anderes als eine negative Einlassung.

II. Andere sprechen von verneinenden Einreden in dem Falle, wenn das früher wirklich bestandene Klagerecht durch das spätere Nichteintreten eines Thatumstandes wieder aufgehoben wurde (ein Fall, der zwar selten vorkommen wird, aber doch wohl nicht unmöglich ist, wie Morstadt glaubt, Materialkrit. S. 262). Gegen diesen Begriff ist zwar nichts einzuwenden, aber es ist

auch nicht abzusehen, warum man diesen Fall besonders auszeichnen soll, da doch keine andern Regeln dafür gelten, als für bejahende Exceptionen.

Arch. I. S. 275.

Martin §. 95. not. b.

Sartorius in der Zeitschrift von Linde Bd. XIII. S. 416 flg.

Vgl. jedoch: Brackenhöft, Erört. S. 448 flg.

4) Von den s. g. proceßhindernden und von den privilegirten Einreden wird zweckmäßiger in einem spätern Abschnitte gehandelt werden.

Rechtliche Grundsätze hinsichtlich der Einreden.

§. 198.

I. Der Beklagte, welcher Einreden vorschützt, ist in dieser Hinsicht selbst wieder gewissermaßen als Kläger zu betrachten (reus excipiendo fit actor).

Fr. 1. D. 44. 1.

Denn eine exceptio hat dieselben Bestandtheile, wie die Klage, Rechtsgrund, historischen Grund und Gesuch; und gleichwie der Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß, wenn dieser widersprochen wird, — ebenso muß auch der Beklagte im Falle des Widerspruches den Grund seiner Einrede darthun.

Fr. 19. D. 22. 3.

Nur der Zweck der Einrede ist ein anderer, denn er geht auf Abweisung des Gegners, nicht auf dessen Verurtheilung.

Ueber die ursprüngliche Bedeutung und den Grund der Regel reus exc. fit actor s.

Albrecht a. a. O. S. 33—35.

welcher eben wegen der Eigenthümlichkeit dieses Grundes die Ausdehnung der Regel auf alle Einwendungen, welche jetzt except. genannt werden, mißbilligt, obgleich er nicht in Abrede stellt, daß diese Ausdehnung von jeher und allgemein stattgefunden hat und noch stattfindet.

Albrecht a. a. O. S. 127 und S. 169.
Vergl. noch: Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. II. Heft 3. S. 345 a.

II. Nach der Verhandlungsmaxime darf der Richter keine Einrede berücksichtigen, welche nicht der Beklagte vorgeschützt hat, es wäre denn eine solche, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben könnte. Einige Proceßlehrer machen zwar auch in Ansehung der Einrede der Extinctivverjährung eine Ausnahme, insofern dieselbe aus den Acten erhellt, aber ohne hinreichenden Grund. — Daß ohne den gemachten Beisatz diese Ausnahme nicht gerechtfertigt werden könnte, d. h. daß der Richter aus bloßer Privatkenntniß diese Einreden zu ersetzen nicht befugt sey, ist ohnehin keinem Zweifel unterworfen. Allein auch mit diesem Beisatze scheint dieselbe nicht richtig zu seyn. — Denn, daß der Kläger selbst die Extinctivverjährung mit allen hiezu erforderlichen Umständen von freien Stücken actenmäßig zugesteht, wird doch wohl kaum irgend einmal vorkommen. Wenn aber der Beklagte es ist, der die Thatsache der Verjährung zu den Acten gebracht hat, so ist Dieses entweder in seiner Vertheidigungsschrift geschehen (ohne jedoch die Einrede ausdrücklich zu nennen und bestimmt für seine Sache in Anspruch zu nehmen), — oder in einem späteren Vortrage. In dem letzten Falle darf der Richter gewiß keine Rücksicht darauf nehmen, nicht bloß deßwegen, weil die Einwendung als verspätet erscheint, sondern auch, weil möglicher

Weise dadurch dem Kläger seine Einwendungen und Repliken gegen diese Einrede entzogen werden würden. In dem ersten Falle aber darf zwar der Richter allerdings darauf Rücksicht nehmen; allein man kann hier nicht sagen, daß er die Einrede von Amtswegen ersetze. Denn der Satz, daß der Beklagte seine Exceptionen ausdrücklich anführen müsse, ist nicht so zu verstehen, als wenn er jedesmal den Namen der Einrede angeben müßte. Wenn er nur das Factum erzählt, worauf die Einrede beruht, und um Abweisung des Klägers die Bitte stellt, so ist dieß schon hinreichend. Auch braucht diese Bitte nicht bei jeder einzelnen Einrede wiederholt zu werden, sondern, insofern sie alle auf denselben Zweck gerichtet sind, genügt es, das Gesuch am Schlusse der Exceptionsschrift nur einmal collectiv zu stellen.

S. v. Krüll im Arch. I. S. 402.

Lotz ebendas. S. 412.

III. Da es dem Beklagten gestattet seyn muß, sich auf jeden Fall sicher zu stellen, und die Unstatthaftigkeit der Klage auch von mehr als einer Seite zu zeigen, so steht es ihm frei, selbst solche Einreden zu cumuliren, welche sich einander zu widersprechen scheinen.

Fr. 5 u. 8. D. 44. 1.

Arg. Fr. 43. pr. D. 50. 17.

IV. Nach den Grundsätzen über die legitim. ad causam activa darf keine exceptio ex jure tertii abgeleitet werden, d. h. die Einrede muß sich auf ein Recht stützen, welches dem Beklagten selbst zusteht und nicht einem Dritten, gesetzt auch, daß der Kläger diesem Dritten gegenüber seinen Anspruch nicht würde durchsetzen können. Indessen können doch die Rechtsnachfolger und die Bürgen des ursprünglich Verpflichteten in der Regel von allen Einreden Gebrauch machen, deren sich der Letztere

selbst hätte bedienen können, insofern dieselben nicht rein persönlicher Natur (except. personae cohaerentes) sind. (S. oben S. 618.) Auch kann der Beklagte, wenn aus dem Rechte eines Dritten mittelbar für ihn selbst ein Anspruch entsteht, ohne Zweifel diesen Anspruch zu seiner Vertheidigung benützen, in welchem Falle aber eigentlich nicht von einer Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatze gesprochen werden kann.

Vgl. übrigens: Brackenhöft, Erört. S. 454 a. E.

V. Nach der Vorschrift des J. R. A. §. 37 muß der Beklagte alle peremtorischen Einreden auf einmal und zwar in demselben Termine anbringen, in welchem er aufgefordert ist, die Klage zu beantworten (litem zu contestiren), und zwar bei Strafe der Präclusion.

Ueber die Vorschriften der älteren deutschen Reichsgesetze hinsichtlich dieses Punktes s. oben S. 36 flg. und insbesondere die S. 37 angeführte Abhandlung von Albrecht über die Ausbildung des Eventualprincips.

Hinsichtlich der Frage, ob eine präcludirte Einrede nur für den gegenwärtigen Rechtsstreit oder für immer verloren geht, scheint es darauf anzukommen, ob die versäumte Einrede ihrem Inhalte nach nur auf die vorliegende Klage paßte, und daher auch nur dieser Klage entgegengesetzt werden konnte, oder ob sie auch anderen Klagen gegenüber eine Wirksamkeit äußern kann. In dem ersten Falle ist sie für immer verloren, und kann auch in der Form einer Klage nachträglich nicht mehr geltend gemacht werden. In dem zweiten Falle hingegen kann sie zwar in diesem Processe und gegen diese Klage nicht mehr benützt werden; allein anderen Klagen gegenüber verliert sie dadurch ihre Wirksamkeit nicht.

Vgl. Langenn u. Kori, Erört. I. S. 173.

Uebrigens gibt es einige Fälle, in welchen ungeachtet des verspäteten Vorbringens die Präclusion doch nicht eintritt, nämlich

1) wenn die später angebrachte Einrede zur Zeit der Einlassung noch gar nicht begründet war, oder wenn

2) der Beklagte wenigstens erst später von ihrer Existenz Kenntniß erhalten hat;

3) wenn der Beklagte in seiner ersten Vertheidigung eine solche dilatorische Einrede vorschützte, welche ihn von der Verbindlichkeit, sich auf die Klage einzulassen, unbedingt befreit;

4) wenn die verspätete Einrede eine s. g. privilegirte Einrede ist.

Daß solche dilatorische Einreden, deren Außerachtlassung eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben könnte, nicht an die präclusive Frist gebunden sind, ist schon früher bemerkt worden.

Fortsetzung.

§. 199.

Zu 1.

Unter diesen Gesichtspunkt gehört insbesondere der Fall, wenn der Beklagte den Kläger nach geschehener Einlassung vollständig befriedigt, der Kläger aber dessen ungeachtet später noch den Proceß fortsetzen will. Nach älterem Röm. Rechte war zwar die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Befriedigung nicht unbestritten;

Gaj. IV. §. 114.

allein Justinian hat dieselbe allgemein gesetzlich gutgeheißen.

§. 2. J. 4. 12.

Dasselbe gilt übrigens auch von dem Falle, wenn sich der Beklagte nach geschehener Einlassung mit dem Kläger verglichen, oder wenn dieser auf seinen Anspruch unbedingt verzichtet, die Schuld nachgelassen hat, gleichwohl aber den Proceß fortsetzen will. Selbst der Zufall kann zuweilen während des Verfahrens eine Einrede erzeugen, welche anfänglich noch nicht vorhanden war.

Zu 2.

Die zweite Ausnahme hat ihre gesetzliche Begründung in der Vorschrift des §. 78 des J. R. A. Um jedoch dieselbe geltend zu machen, muß der Beklagte eidlich bekräftigen, daß er von der Einrede früher keine Wissenschaft gehabt habe, und wenn sie hierauf wirklich zugelassen wird, so muß auch dem Kläger nachträglich noch Gelegenheit gegeben werden, sich darüber zu äußern.

Die Frage, ob der Beklagte auch die Einrede der Compensation nachholen dürfe, wenn die Gegenforderung, mit welcher er compensiren will, entweder erst nach dem Einlassungstermine entstanden oder zur Compensation reif geworden ist, oder, wenn wenigstens der Beklagte erst später davon Kenntniß erhalten hat, ist nach den jetzt geltenden processualischen Grundsätzen, insbesondere nach §. 78 des J. R. A. zu bejahen. Denn da unter den gedachten Voraussetzungen jede andere Einrede nachgeholt werden darf, so ist nicht abzusehen, warum gerade bei der Einrede der Compensation eine Ausnahme stattfinden soll. Nur eine Beschränkung läßt sich hiebei vermöge der eigenthümlichen Beschaffenheit des der Compensation zu Grunde liegenden Verhältnisses rechtfertigen. Der Stoff der Compensation kann nämlich in der Regel nicht bloß durch eine Einrede, sondern auch durch eine Klage geltend gemacht werden, und zwar selbst dann noch, wenn über die Forderung des Vorklägers schon rechts-

kräftig entschieden ist, während andere Einreden, z. B. der Zahlung, des Nachlasses und dergl., nach der rechtskräftigen Aburtheilung der Klage agendo nicht mehr verfolgt werden können (s. oben S. 624). Da nun Justinian in

c. 14. C. 4. 31.

ausdrücklich verordnet hat, daß insbesondere eine verspätete Berufung auf Compensation nur dann berücksichtigt werden soll, wenn sie „liquida et non multis ambagibus innodata" sey, so wird der Beklagte mit der unter obigen Voraussetzungen nachgeholten Einrede der Compensation nur im Falle ihrer Liquidität noch in diesem Processe zugelassen, außerdem aber zur abgesonderten Geltendmachung seiner Gegenforderung in Form einer Klage zu verweisen seyn.

War übrigens eine zur Compensation geeignete Gegenforderung schon zur Zeit der Einlassung vorhanden, und die Existenz derselben dem Beklagten auch bekannt, so muß die Einrede gleich allen übrigen bei Vermeidung des Ausschlusses auch im ersten Vertheidigungstermine angebracht werden. — Ob in einem Falle dieser Art die Compensation nicht wenigstens als ein Surrogat der Zahlung später noch benützt werden könne, ist zwar bestritten. Richtiger scheint aber diese Frage bejaht zu werden, weil es dem Beklagten auch erlaubt ist, während des Processes Zahlung zu leisten, die Compensation aber der Zahlung gleichgestellt wird. Nur muß in diesem Falle der Beklagte den Anspruch des Klägers unbedingt zugestehen, und die Gegenforderung muß auch vollkommen liquid seyn. Unter dieser Voraussetzung ist die Compensation selbst nach der rechtskräftigen Verurtheilung noch zulässig.

c. 2. C. 4. 31.

Vgl. über das Ganze:

Gensler im Archiv für civil. Prax. III. Bd. S. 208—210.

Hasse, ebendas. Bd. VII. S. 145—207.

Tellkampf, ebend. Bd. XXIII. S. 208 flg.

Schmid, Handb. II. S. 54.

Zu 3.

Ueber die hieher gehörigen Fälle s. S. 575 und S. 634 flg.

Fortsetzung.

§. 200.

Zu 4.

Unter privilegirten Einreden sind eigentlich nur solche zu verstehen, welche, — ob sie gleich in keine der bisher (von 1 bis 3) aufgezählten Classen eingereiht werden können, und obwohl sie der Beklagte schon zur Zeit der Einlassung vorzubringen Anlaß gehabt hätte, doch vermöge einer besonderen gesetzlichen Begünstigung auch noch später, und zwar selbst noch nach dem Erfolge des rechtskräftigen Endurtheils angebracht werden dürfen. Die Einwendungen gegen die Ordnung und die Art der Execution des Urtheils gehören also nicht hieher, obgleich sie auch erst post rem judicatam vorkommen, weil sie erst durch die eingeleitete Execution hervorgerufen werden, also von dem Beklagten am Anfange des Rechtsstreites unmittelbar der Klage gegenüber gar nicht hätten vorgebracht werden können. Auch die Berufung auf das s. g. beneficium competentiae kann eigentlich nicht als eine privilegirte Einrede betrachtet

werden, ungeachtet der ausdrücklichen Vorschrift, daß sie auch noch gegen die actio judicati stattfindet.

Fr. 17. §. ult. D. 24. 3.
Fr. 41. §. 2. D. 42. 1.
Fr. 33. pr. D. 39. 5.
Fr. 5. pr. D. 14. 5.

Denn da die Anwendung dieser Rechtswohlthat davon abhängt, wieviel man zur Zeit der Verurtheilung noch im Vermögen hat, so kann dieselbe eigentlich erst in der Execution geltend gemacht werden.

Brackenhöft, Erört. S. 391. not. 80.
Schmid, Hdb. II. S. 55.

Ueber den Unterschied zwischen diesem benef. und dem s. g. ben. condemnationis, welcher allerdings auch auf die vorliegende Frage Einfluß haben würde, wenn er begründet wäre (Schmid a. a. O.), s. Arndts, Lehrb. §. 225. Anm. 1.

Aber auch nach dieser Ausscheidung des nicht hieher Gehörigen ist das Gebiet der privilegirten Einreden wegen der vielfach abweichenden und zum Theile selbst direct einander widersprechenden Ansichten zweifelhaft und unsicher.

Vergl. darüber: Gesterding, Nachforsch. II. S. 205 flg.

Diejenigen Rechtslehrer, welche die Existenz privilegirter Einreden im heutigen Processe überhaupt noch anerkennen, bezeichnen als solche vorzugsweise nur die exceptio Scti Macedon. und Scti Vellejan., weil von diesen Einreden im Röm. Rechte ausdrücklich verordnet ist, daß sie auch noch post rem judicatam zugelassen werden sollten, während doch in der Regel auch nach Röm. Rechte sonst das Endurtheil die äußerste Gränze war, bis zu welcher sich der Beklagte gegen die Klage vertheidigen durfte.

Fr. 11. D. 14. 6.

Fr. 8. §. 2. D. 16. 1.

Vergl. jedoch noch Gesterding a. a. O. S. 210 bis 215.

Die Mehrzahl der neueren Proceßlehrer hält aber diese singulären Bestimmungen des Röm. Rechts in Folge der Vorschrift des J. R. A. §. 37 und §. 78 für aufgehoben;

v. Gönner, Hdb. II. 33. §. 11.

Gesterding a. a. O. S. 225 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 56 flg.

Brackenhöft, Erört. S. 390.

und für diese Ansicht spricht allerdings der Umstand, daß der J. R. A. nicht nur die allgemeine Regel aufstellt, daß der Beklagte alle Einreden bei Vermeidung des Ausschlusses im ersten Termine vorzubringen schuldig seyn soll, sondern auch unter den Ausnahmen, welche das Gesetz selbst von dieser Regel macht (§. 78), die genannten Einreden nicht anführt, wodurch auch das von

Thibaut, System der Pand. §. 1194. verb. mit §. 39.

zur Rettung dieser Einreden auch für das heutige Recht aufgestellte Argument seine Kraft verliert.

Wenn aber auch, von dieser formellen Seite aufgefaßt, die singuläre Bestimmung des Röm. Rechts nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, so scheinen doch die materiellen Gründe, welche dabei dem Röm. Rechte zu Grunde lagen, und welche der J. R. A. durch die Vorschriften in §. 37 u. 78 sicher nicht verwerfen wollte, dafür zu sprechen, daß die genannten zwei Einreden auch jetzt noch, soweit jene Gründe zutreffen, in der Executionsinstanz vorgeschützt werden dürfen. Denn durch die exceptio Scti Maced. sollte das Vermögen des Vaters in

der Execution gegen den condemnirten filius familias geschützt werden. Diesen Schutz kann aber der Sohn dem Vater durch Verzichtleistung auf die exceptio, d. h. durch Unterlassung des rechtzeitigen Vorbringens derselben gewiß nicht entziehen.

Glück, Com. XIV. §. 900.

Brackenhöft, Erört. S. 390. not. 79.

Wenn aber eine Frau in Folge einer Intercession aus Rechtsunkunde wirklich Zahlung geleistet hatte, so konnte sie das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern;

Fr. 40. D. 12. 6.

Fr. 8. §. 3. D. 16. 1.

c. 9. C. 4. 29.

und damit scheint die singuläre Bestimmung zusammenzuhängen, daß sie auch der actio judicati die exceptio Scti Vell. entgegensetzen konnte.

Vgl. Gesterding a. a. O. S. 210.

Wenn man daher die civilrechtliche Anwendbarkeit der condictio indebiti in diesem Falle nicht für aufgehoben betrachtet, so muß man die exc. Scti Vell. auch jetzt noch als eine privilegirte Einrede gelten lassen.

Die wirkliche Ausschließung einer verspäteten, und in den bisher angeführten Ausnahmen nicht begriffenen Einrede findet übrigens nur dann statt, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, von welchen die Verhängung einer speciellen Ungehorsamsfolge abhängt.

S. unten von den Folgen des Ungehorsams.

Verhältniß der Einreden zur Streiteinlassung.

§. 201.

Das Verhältniß der Litiscontestation zu den Einreden beruht auf folgenden Grundsätzen:

I. Die Einreden dienen bloß zur Vertheidigung des Beklagten; — die Einlassung kann zwar auch zu seinem Schutze dienen, — nämlich insofern sie negativ ausfällt, — allein ihr Hauptzweck besteht darin, den Richter von dem eigentlichen Streitpunkte in Kenntniß zu setzen. Daher hängt das Vorbringen von Einreden lediglich von der Willkür des Beklagten ab, die Einlassung muß aber geschehen, und wenn sie der Beklagte nicht wirklich vollzieht, so muß sie durch eine Fiction ersetzt werden.

II. Einlassung und Einreden sind, was ihren Inhalt betrifft, selbständige, von einander unabhängige Vorträge. Daher dürfen Einreden vorgeschützt werden, welche mit der Einlassung im Widerspruch zu stehen scheinen,

Fr. 43. pr. D. 50. 17.

und die Einlassung kann nie durch den Vortrag von Einreden ersetzt werden.

Vgl. c. 2. in 6to 2. 3.

Insbesondere ist hiebei die Regel von Bedeutung: „qui excipit non fatetur," d. h. wenn auch der Beklagte, ohne zu antworten, nur eine peremtorische Einrede vorschützt, so darf daraus nie ein Geständniß der Klage gefolgert werden, auch dann nicht, wenn wirklich eine solche Folgerung der Natur der Sache zu entsprechen schiene.

Karl Leop. Goldschmidt über Litiscontestation u. Einrede. Frankf. 1812.

Gewöhnlich stellt man zwar diesen Satz nur als einen durch positive Gesetze begründeten dar;

Fr. 9. D. 44. 1.
c. 6. X. 2. 25.
c. 63. in 6to De R. I.

allein er läßt sich auch aus allgemeinen Gründen rechtfertigen.

Dieser Satz gilt übrigens gegenwärtig keineswegs bloß von den Einwendungen, welche nach älterem Röm. Rechte exceptiones waren, sondern von allen Einreden.

A. M. scheint zu seyn Albrecht a. a. O. S. 38. not. 6.

Vgl. Gesterding, Nachforsch. I. S. 357.

v. Spangenberg in der Zeitschrift von Linde. V. S. 33 flg.

Daß diese Regel nach dem J. R. A. dann nicht mehr anwendbar seyn soll, wenn der Beklagte die Litiscontestation gänzlich unterlassen hat, sucht v. Gönner (im Handb. II. 36.) zu zeigen; — allein seine Darstellung beruht auf einer unrichtigen Ansicht von den Folgen der contumacia.

Weber, Beitr. II. 15.

Martins Rechtsgutachten I. S. 207 flg.

Wenn übrigens auch das Vorbringen einer Einrede nicht als ein Zugeständniß der Klage aufgefaßt werden darf, so gilt doch diejenige Thatsache, auf welche der Beklagte seine Einrede gründet, als von diesem zugestanden; und aus dieser Thatsache kann der Kläger allerdings zuweilen eine Vermuthung für die Richtigkeit seines Anspruches ableiten.

III. Da nach der Eventualmaxime nicht einmal dilatorische Einreden von der Verbindlichkeit zur Li-

tiscontestation befreien, so kann diese Wirkung in der Regel den peremtorischen noch weniger beigelegt werden.

c. 1. u. 2. in 6to 2. 3.

Fortsetzung.

§. 202.

Von der so eben (unter III.) angeführten Regel machen jedoch die s. g. proceßhindernden Einreden (except. litis ingressum impedientes) eine Ausnahme. Im weiteren Sinne versteht man zwar darunter alle Einreden, also auch die dilatorischen, welche den Beklagten von der Verbindlichkeit befreien, sich auf den Streit einzulassen, — namentlich die gerichtsablehnenden. Im engeren Sinne bezeichnet man aber mit diesem Ausdrucke nur die peremtorischen Einreden, welchen ausnahmsweise diese Wirkung beigelegt ist, und nur von diesen allein ist hier die Rede.

Für die Beantwortung der Frage, welche peremtorische Einreden den Beklagten von der Litiscontestation befreien, fehlt es übrigens keineswegs an einer positiven gesetzlichen Bestimmung. Denn das canonische Recht enthält hierüber eine ausdrückliche Vorschrift in dem oben citirten

c. 1. in 6to 2. 3.

Vgl. c. 2. eodem.

Diese Vorschrift ist jedoch, zum Theile wenigstens, so zweifelhaft, daß man sich über den wahren Sinn derselben in der Doctrin bis jetzt nicht vereinigen konnte. Die angeführte Stelle nennt nämlich als hieher gehörige Einreden die exceptio de re judicata, transacta seu finita. —

Darüber nun, was unter den beiden ersteren zu verstehen sey, ist freilich nie gezweifelt worden; desto weniger Uebereinstimmung herrscht aber über den Sinn und Umfang der Einrede de re finita. Während nämlich Einige diesen Ausdruck nur auf solche Einwendungen beschränkt wissen wollen, welche die von dem Kläger angeregte Streitsache auf andere Art, als durch Urtheil oder Vergleich — abgethan darstellen, also namentlich auf die Einrede der Renunciation, auf die exceptio litis praescriptae, und die exceptio jurisjurandi;

Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. I. S. 425 flg.

Vgl. Gesterding, Irrthümer S. 161 flg.

dehnen Andere den Begriff der exceptio rei finitae auf alle peremtorischen Einreden aus, wenn sie nur von dem Beklagten sofort bewiesen werden.

Boehmer, J. E. P. II. 25. §. 9 sq.
Gönner, Handb. IV. S. 212 flg.
Grolman, Theorie §. 245.
Martin, Lehrb. §. 143.
Guyet in der Zeitschrift von Linde und Marezoll. VII. S. 437 flg.

Die Ersteren stützen sich vorzugsweise auf die grammatische Auslegung und auf allgemeine, der Natur der Sache entnommene Gründe; die Letzteren — (mit Ausnahme von Gönner und Grolman) — auf den Zusammenhang der betreffenden Stelle des canonischen Rechts mit Stellen des Röm. Rechts,

Fr. 1. §. 12. D. 38. 17.
Fr. 229 u. 230. D. 50. 16.
Fr. 13. D. 46. 7.

oder vielmehr mit der Auslegung, welche diese Stellen bei den Glossatoren und bei den mittelalterlichen Schrift-

stellern vor der Erlassung des c. 1. in 6to 2. 3. gefunden hatten.

S. besonders Guyet a. a. O.

Vgl. Albrecht, Except. S. 120 flg.

Die deutschen Reichsgesetze bieten uns zur Entscheidung dieser Controverse keinen Anhaltpunkt dar. Denn was die einzelnen Arten proceßhindernder Einreden betrifft, so geben sie nur eine deutsche Uebersetzung der hierüber im c. 1. cit. enthaltenen Bestimmung;

K. G. O. v. 1508. IV. 1.

„da die Sach mit Urteil entschieden, vertragen, oder der Krieg vollendet wär."

und außerdem bestätigen sie auch die diesen Einreden im canonischen Rechte beigelegte Wirkung dadurch, daß sie dieselben den dilatorischen Einreden gleichstellen (except. peremtoriae in vim dilatoriarum).

C. G. O. 1523. III. 1.

C. G. O. 1555. III. 24. §. 1.

J. R. A. §. 38. „vorzügliche oder andere dergleichen Exceptiones."

Goldschmidt, Abh. S. 14. not. 8.

Wenn man aber den geschichtlichen Zusammenhang berücksichtigt, so verdient gewiß die zweite der oben angeführten Ansichten den Vorzug. Denn es kann als ausgemacht betrachtet werden, daß Papst Innocenz IV. durch die Vorschrift in c. 1. in 6to 2. 3. keineswegs etwas Neues schaffen, sondern nur die vorherrschende Ansicht der damaligen Schule aussprechen wollte, welche aber das Gebiet der proceßhindernden Einreden, — so abweichend auch im Einzelnen die verschiedenen Lehrmeinungen waren, — doch in keinem Falle bloß auf diejenigen Einreden beschränken wollte, welche die erste

der oben angeführten Ansichten allein als solche gelten lassen will.

Auch ist der ausgedehntere Begriff, demgemäß jede peremtorische Einrede unter der Voraussetzung sofortiger Liquidität als proceßhindernd betrachtet wurde, nicht nur von den älteren sächsischen Rechtslehrern des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts, sondern auch von der sächsischen Gesetzgebung sanctionirt worden.

Goldschmidt a. a. O. S. 16.

Dem sächsischen Rechte folgte aber in dieser, wie in vielen anderen Beziehungen größtentheils auch die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis.

Aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit ließe sich selbst die auch wirklich von Mehreren aufgestellte Ansicht vertheidigen, daß die proceßhindernden Einreden — gleich den gerichtsablehnenden — den Beklagten von jeder, auch der bloß eventuellen Einlassung befreien, weil in der That im Falle einer bereits erwiesen vorliegenden peremtorischen Einrede jede Antwort auf die Klage als überflüssig erscheint. Allein die deutschen Reichsgesetze stellen die proceßhindernden Einreden nur den gewöhnlichen Dilatorien gleich, und legen die von aller Einlassung befreiende Wirkung ausdrücklich nur den gerichtsablehnenden Einreden allein bei; weßhalb auch nach gemeinem Rechte der Beklagte, welcher eine proceßhindernde Einrede vorschützt, doch schuldig ist, wenigstens eventuell sich auf die Klage einzulassen.

R. A. v. 1570. §. 89.

R. A. v. 1594. §. 59 u. 63.

J. R. A. §. 37, 38, verb. mit §. 40.

Vgl. über die ganze Lehre:

Schmid, Hdb. II. S. 58 flg.

Von der Widerklage.

§. 203.

Wenn der Beklagte selbst einen Anspruch gegen Denjenigen zu machen hat, der als Kläger wider ihn aufgetreten ist, so kann er diesen Anspruch nicht nur mit einer eigenen, für sich bestehenden Klage bei dem zuständigen Gerichte des Klägers verfolgen, sondern es ist ihm auch gestattet, die Verfolgung seines Gegenanspruches mit der Vertheidigung gegen die wider ihn gestellte Klage bei demselben Gerichte zu verbinden. — Macht er nun von dieser Erlaubniß wirklich Gebrauch, so nennt man die von ihm gestellte Klage reconventio oder Widerklage. Diesem Begriffe zufolge ist daher keine Widerklage vorhanden, wenn zwar der Beklagte wider den Kläger, sey es auch gleichzeitig, — eine Klage erhebt, aber vor einem anderen Gerichte, als bei welchem er selbst belangt worden war. — Ja selbst dann, wenn er den Kläger bei demselben Gerichte angreift, aber diesen Gegenangriff mit seiner Vertheidigung gegen die Vorklage nicht in Verbindung bringt, sondern denselben isolirt anhängig macht, spricht man nicht von einer Widerklage im eigentlichen Sinne. Zwar kann es allerdings vorkommen, daß eine Widerklage aus irgend einem Grunde nicht gleichzeitig mit der Vorklage in denselben Acten verhandelt, sondern zur abgesonderten oder nachträglichen Ausführung verwiesen wird. Allein in diesem Falle nennt man sie auch nur eine uneigentliche oder successive Widerklage (reconventio impropria).

Glück, Com. III. S. 238.

Martin, Lehrb. §. 158.

Sartorius, die Lehre von der Widerklage. Erlangen. 1838. S. 404.

Von dem Verhältnisse in einem judicium duplex unterscheidet sich übrigens der Fall, in welchem sich Vor- und Widerklage einander entgegenstehen, dadurch, daß in dem judicium duplex nur eine Klage vorliegt, welche das nämliche Streitverhältniß betrifft, während im Falle einer Reconvention zwei Klagen vorhanden sind, deren jede einen anderen Grund und einen anderen Gegenstand haben kann.

Sartorius a. a. O. S. 32 flg.

Der Unterschied zwischen einer Widerklage und einer Einrede (insbesondere der exc. compensationis) zeigt sich aber in dem Zwecke: indem der Beklagte — als Reconvenient die Verurtheilung des Klägers, als bloßer Excipient aber nur dessen Abweisung zu bewirken sucht. Indessen kann allerdings die nämliche Gegenforderung von dem Beklagten sowohl zum Reconveniren, als zum Excipiren benützt werden, und zwar nicht bloß dann, wenn die Gegenforderung dem Betrage nach größer ist, als die Forderung des Klägers, sondern — wenigstens eventuell — auch bei gleich großem Betrage.

Ein feststehender, technischer Ausdruck für Das, was wir „Widerklage" nennen, kommt übrigens im Röm. Recht noch nicht vor. Das Wort „mutua petitio" wird dort auch für andere Fälle, selbst für die Einrede der Compensation gebraucht.

c. 6. C. 4. 31.
c. 1. C. 5. 21.
Vgl. fr. 1. §. 15. D. 50. 13.
C. L. Goldschmidt, Abh. aus dem Civilproceß. S. 20 flg.
Schmid, Handb. I. S. 114 not. 3.

Der Ausdruck „reconventio" ist erst durch die Glosse

und durch das canonische Recht in Uebung gebracht worden. Ueber c. 5. C. 7. 51 f.

Sartorius a. a. O. S. 27 flg.

v. Savigny, System VI. S. 330 not. d.

Die Zulässigkeit der Widerklage ist aber in allen Quellen des gemeinen Rechtes ausdrücklich anerkannt.

S. vorzüglich:

Nov. 96. c. 2.

c. 2. X. 2. 4.

c. 3. in 6to 1. 3.

Clem. 2. 5. 11.

C. G. O. 1508. I. §. 18.

C. G. O. 1555. III. 30.

J. R. A. §. 46.

(Die älteren deutschen Reichsgesetze gebrauchen für die Reconvention den Ausdruck: „den Kläger in das Widerrecht verfassen.") — Schon in den alten deutschen Rechtsbüchern kommt die Widerklage vor. S. Sartorius a. a. O. S. 93 flg.

Nach Röm. und canon. Recht war der Beklagte, — wenn er eine Gegenforderung an den Kläger zu machen hatte, — gewissermaßen sogar verpflichtet, dieselbe bei dem nämlichen Richter anzubringen (insofern er ihn nicht mit Grund recusiren konnte), indem er widrigenfalls vor der Beendigung des Verfahrens über die wider ihn gestellte Klage seinen Gegenanspruch bei keinem anderen Richter geltend machen durfte.

Nov. 96. c. 2.

c. 3 in 6to 1. 3.

Diese Vorschrift wird jedoch heutzutage nicht mehr beobachtet, obgleich der Beweggrund, welcher dazu Ver-

anlassung gegeben hatte, zuweilen auch jetzt noch zutreffen könnte.

Goldschmidt, a. a. O. S. 23 und S. 29.

Die Zulassung einer Widerklage setzt jedoch voraus, daß das Gericht, bei welchem die Vorklage angestellt wurde, entweder ohnehin auch schon in Bezug auf den Widerbeklagten competent ist, oder, wenn dieß der Fall nicht seyn sollte, daß die Bedingungen des besonderen Gerichtsstandes der Widerklage vorhanden sind.

S. oben §. 70.

Die Wirkung einer zulässigen Widerklage besteht darin, daß dieselbe mit der Vorklage gleichzeitig in demselben Verfahren, — in den nämlichen Acten instruirt, und, — wenn beide zugleich spruchreif werden, — auch in demselben Urtheile entschieden wird (der s. g. effectus simultanei processus).

Diese Wirkung tritt jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen ein:

1) Die Widerklage muß sogleich mit der Einlassung auf die Vorklage verbunden werden, weil sonst bei der systematischen Ordnung und Reihenfolge der einzelnen Proceßacte eine gleichzeitige Instruction nicht mehr möglich wäre.

Nov. 96. c. 2. Clem. 2. 5. 11.

J. R. A. §. 45 und 46.

Die C. G. O. v. 1555 III. 30 und c. 3 in 6to 1. 3. können, insofern von der Wirkung des gleichzeitigen Verfahrens die Rede ist, nicht als widersprechend angeführt werden.

Sartorius, a. a. O. S. 407.

Um einen Schritt bleibt zwar die Widerklage auch dann zurück, wenn sie mit der Einlassung auf die Klage verbunden wurde; allein diese geringe Differenz gleicht

sich am Schlusse des ersten Verfahrens wieder aus. — Aus demselben Grunde muß sich auch

2) die Widerklage zu derselben Proceßart eignen, wie die Vorklage. Eine summarische Sache kann daher in einem ordentlichen Conventionsprocesse nur unter der Bedingung durch eine gleichzeitig zu verhandelnde Widerklage verfolgt werden, wenn der Beklagte auf die summarische Verhandlung seiner Klage verzichten darf und wirklich verzichtet.

3) Die Widerklage darf nicht zu der Vorklage in einem Verhältnisse stehen, kraft dessen die Begründung der ersteren von der vorgängigen Entscheidung der letzteren abhängt. Endlich

4) darf die gleichzeitige Instruction beider Klagen nicht etwa voraussichtlich mit der Gefahr einer Unordnung und Verwirrung des Verfahrens verbunden seyn. — Denn die Voraussicht eines solchen Uebelstandes berechtigt den Richter überhaupt, eine formelle Vereinigung mehrerer Streitsachen in demselben Verfahren zurückzuweisen; durch die Widerklage wird aber eine solche Vereinigung ebensowohl beabsichtigt, als durch eine Klagenhäufung von Seite des Klägers. — Selbst nach geschehener Zulassung einer Widerklage bleibt es dem Richter unbenommen, die Instruction beider Sachen wieder zu trennen, wenn er sich überzeugt, daß eine Fortführung derselben in dem nämlichen Geleise nicht mehr thunlich ist.

Abgesehen von diesen Erfordernissen ist aber nach gemeinem Rechte weder eine innere Connexität der Vor- und Widerklage, noch eine Gleichartigkeit der beiden Klagen nothwendig.

S. oben §. 70.

Was endlich die Einrichtung der Widerklage betrifft, so gelten in Ansehung derselben die nämlichen Regeln,

welche oben über die Einrichtung der Klage angeführt worden sind.

Vgl. über das Ganze noch:
Lauck, im Arch. XII. S. 65.
Fischer, in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel.
v. Wagner, Bd. II. S. 123 flg.
Ueber die Widerklage nach älterem Röm. Recht s.
v. Savigny, System VI. 330 flg.
Keller, II. S. 218 und 251.

Fortsetzung.

§. 204.

Außer dem s. g. effectus simultanei processus wird gewöhnlich der Widerklage noch eine zweite Wirkung beigelegt, nämlich der s. g. effectus prorogationis, welcher darin bestehen soll, daß der Richter der Vorklage durch die Reconvention auch für die Widerklage competent werde, wenn er es auch nach den allgemeinen Grundsätzen über die Competenz sonst nicht seyn sollte.

Allein diese Auffassung ist unrichtig. Der Richter der Vorklage wird für den Widerbeklagten nicht dadurch competent, daß der Widerkläger bei ihm Hülfe sucht, sondern dadurch, daß der Widerbeklagte selbst bei ihm Hülfe gesucht hat. Er mußte ja schon competent seyn, ehe noch die Widerklage wirklich bei ihm angestellt wurde; sonst hätte diese mit Erfolg bei ihm nicht angebracht werden können. Durch das „wirkliche Reconveniren" wird also nur ein schon begründetes Recht ausgeübt und für die Zukunft festgehalten; keineswegs aber erst begründet. Diese Ausübung des Rechtes ist aber allerdings insofern

von praktischer Bedeutung, weil das Recht, vor diesem Richter zu klagen, erlöscht, wenn nicht der Beklagte noch vor der Beendigung des gegen ihn erhobenen Streites davon Gebrauch macht; — wenn nicht etwa der Richter der Vorklage ohnehin auch schon der competente Richter für den Gegenanspruch des Beklagten ist.

Anordnung des ersten schriftlichen Vortrages des Beklagten.

§. 205.

Die Bestandtheile der Vertheidigungsschrift des Beklagten sollen in der Ordnung vorgetragen werden, daß immer Dasjenige früher gesagt wird, was, — wenn es begründet wäre, — das Uebrige gänzlich, oder doch für jetzt überflüssig machen würde. — Daher sind im Allgemeinen die dilatorischen und die denselben gleichgestellten Einreden vor der Einlassung, diese vor den peremtorischen Einreden vorzutragen. Der nämliche Gesichtspunkt entscheidet aber auch über die Anordnung der Vertheidigungsmittel derselben Gattung. Wenn z. B. dem Beklagten außer einer gemein verzögerlichen Einrede auch eine gerichtsablehnende, oder die exc. def. legit. ad process. zu Gebote steht, so sind diese jener vorauszuschicken. — Die proceßhindernden Einreden im engeren Sinne werden am zweckmäßigsten unmittelbar vor der Einlassung vorgetragen. — Die Widerklage, wenn der Beklagte eine solche jetzt schon anbringen will, ist von der Vertheidigung zu trennen, und als Anhang zuletzt nach den gewöhnlichen Regeln über die Einrichtung der Klageschrift vorzutragen.

Vgl. Gensler, Com. I. S. 277 flg.

Von der richterlichen Verfügung auf die erste Schrift des Beklagten.

§. 206.

Gewöhnlich besteht diese Verfügung darin, daß die s. g. Exceptionsschrift dem Kläger ad replicandum binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt und dem Beklagten hievon Nachricht gegeben wird. — Allein diese Verfügung ist nicht immer zu rechtfertigen, sondern es ist vielmehr zu unterscheiden:

I. Der Beklagte hat nur dilatorische Einreden vorgeschützt, ohne sich auf die Hauptsache selbst einzulassen. In diesem Falle kommt es darauf an, ob die dilatorische Einrede eine solche ist, welche den Beklagten von der Verbindlichkeit, litem zu contestiren, befreien konnte, oder nicht. In dem letzten Falle soll die Schrift dem Beklagten zur Ergänzung der Litiscontestation zurückgegeben, und dem Kläger vorläufig nur zur Nachricht mitgetheilt werden. — In dem ersten Falle aber wird zunächst nur über die Einrede allein verhandelt und entschieden, und das Verfahren in der Hauptsache bleibt bis zur Erledigung dieses Präjudicialpunktes ausgesetzt.

II. Der Beklagte hat bloß *negative litem* contestirt, ohne eine peremtorische Einrede vorzuschützen, oder eine Widerklage zu erheben. — Hier kann und soll der Richter ohne weiters das erste Verfahren schließen, und die Vertheidigungsschrift dem Kläger nur ad notitiam mittheilen, weil der gegen die Klage eingelegte Widerspruch doch nur durch Beweis, und nicht durch eine Replikserinnerung des Klägers entkräftet werden kann.

III. Der Beklagte hat *litem* contestirt, und zugleich peremtorische Einreden vorgeschützt. —

In diesem Falle ist die Mittheilung ad repl. wesentlich nothwendig, weil der Richter erfahren muß, ob der Kläger den historischen Grund der Einreden zugibt, oder widerspricht, und weil es möglich ist, daß der Kläger den Einreden des Beklagten wieder neue Einreden (wahre Repliken) entgegenzusetzen hat. — Nur dann, wenn in dem Vortrage der L. C. oder der Einreden ein erheblicher Mangel sich finden sollte, müßte die Vertheidigungsschrift vorher ad emend. zurückgegeben werden.

IV. Der Beklagte hat mit seiner Vertheidigung auch eine Widerklage verbunden. In diesem Falle wird rücksichtlich der Reconvention dieselbe Verfügung erlassen wie auf eine Klage überhaupt; folglich, wenn sie fehlerfrei ist, der Kläger binnen derselben Frist, welche ihm in conventione ad replic. gegeben wird, — in reconvent. ad excip. aufgefordert.

In zweifelhaften Sachen kann übrigens der Richter, wenn der Beklagte in der Hauptsache auf die Klage geantwortet hat, unter einstweiliger Aussetzung des weiteren Verfahrens einen Termin zum Versuche einer gütlichen Vereinigung der Parteien anberaumen. Gewöhnlich wird zwar dieser Versuch schon unmittelbar nach der Ueberreichung der Klageschrift gemacht, und in den Reichsgesetzen ist dieses auch ausdrücklich gestattet.

J. R. A. §. 110.

Da jedoch der Richter zweckmäßige Vergleichsvorschläge zu machen nicht im Stande ist, so lange er das streitige Verhältniß noch nicht kennt, diese Kenntniß aber erst durch die Erwiderung des Beklagten auf die Klage erhält, so ist es gewiß zweckmäßiger, in der Regel einen solchen Versuch vor der Einlassung auf die Klage nicht anzustellen. Der Erfahrung zufolge bleiben auch dergleichen Vergleichstermine vor angefangenem Rechts-

stande ohne Erfolg. — Ja, wenn der Richter auch aus der ersten Vertheidigungsschrift des Beklagten noch keine vollständige Information über das Streitverhältniß gewinnen kann, weil z. B. peremtorische Einreden vorgeschützt werden, über welche sich der Kläger erst noch äußern muß, so kann es rathsam seyn, den Vergleichstermin noch auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.

F. A. von der Becke, über Verminderung und Abkürz. der Processe durch Vergleich. München 1812.
G. P. F. Thon, die besten Mittel zur Verhüt. und Abk. der Processe. Ilmenau 1825.
Vgl. W. Puchta, Beiträge zur Gesetzgeb. S. 339.

Von den Folgen des Ungehorsams des Beklagten hinsichtlich seiner ersten Vertheidigung.

§. 207.

Was die Folgen der contum. betrifft, so sind hiebei vor Allem zwei Fälle zu trennen:

I. Der Fall, wenn der Beklagte gar nicht antwortet, und

II. der, wenn er zwar antwortet, aber nicht so vollständig, als er könnte und sollte.

ad I.

In dem ersten Falle konnte nach neuerem Röm. Rechte der Kläger auf die Einleitung des Edictalverfahrens antragen, d. h. er konnte verlangen, daß der Beklagte ternis literis (oder uno pro omnibus peremt. edicto) zur Erscheinung aufgefordert werden soll.

Blieb er dessen ungeachtet aus, so hatte der Kläger die Wahl, entweder um die missio in bona nachzusuchen,

oder seine Beweise beizubringen, und auf Entscheidung der Sache auch in Abwesenheit des Beklagten zu dringen.

c. 8. C. 7. 43.

Die missio in bona hatte insbesondere die Wirkung, daß der Beklagte, wenn er nachher den Proceß aufnehmen wollte, als Kläger auftreten mußte.

Nur dann, wenn er dem Kläger den bisherigen Schaden vergütete, und ihm zugleich Caution dafür leistete, daß er nun den Proceß fortsetzen werde, war der Kläger schuldig, ihm den Besitz wieder abzutreten.

c. 8. §. 3. C. 7. 39.

Nov. 53. C. 4.

Ueber das ältere R. R. s. Heffter Inst. S. 302 flg. Zenger über das vadim. der Römer. S. 70 und besonders S. 78 flg.

Bethmann-Hollweg in s. Hdb. I. S. 277 flg.

Auch das canonische Recht bestätigt im Allgemeinen die missio in bona als Ungehorsamsstrafe gegen den ausbleibenden Beklagten.

c. 5. X. 2. 6. wo sich auch die näheren Bestimmungen darüber finden.

In den älteren deutschen Reichsgesetzen sind die beiden Contumacialwege, — Vollführung der Hauptsache und missio in bona beibehalten, außerdem aber auch noch ein dritter beigefügt, nämlich die Achterklärung, — unter welchen der Kläger wählen konnte.

C. G. O. 1523. VI. §. 2.

C. G. O. 1555. III. 43.

Vgl. Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. §. 151.

Der J. R. A. hat jedoch die zwei letzten Contumacialwege (Immission und Pön der Acht) aufgehoben und

nur noch die Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache übrig gelassen.

J. R. A. §. 36.

Da nun aber dieses noch von dem J. R. A. beibehaltene Contumacialverfahren in der C. G. O. 1555 II. 43. §. 4. dahin näher bestimmt ist, daß der gehorsame Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen werden soll, so folgt von selbst, daß nach gemeinem Rechte im Falle des Ungehorsams des Beklagten nicht angenommen wird, daß er der Klage geständig sey. Ob es nicht zweckmäßiger wäre, die Klage in diesem Falle als eingestanden anzunehmen, — da in der That die Fiction einer verneinenden Einlassung dem ungehorsamen Beklagten vielmehr zum Vortheil gereicht, als zum Nachtheile, — ist eine Frage, gegen deren Bejahung man in der neuesten Zeit nicht einmal mehr einen Zweifel aufkommen lassen will.

Mittermaier der gem. d. Pr. II. S. 106 u. bes. S. 128. (2. Aufl.)
Dagegen v. Stürzer im Arch. VIII. S. 395.
W. H. Puchta, über die bürgerliche Rechtspflege S. 42.
Mittermaier im Arch. IX. S. 139.
Dagegen wieder Puchta im Arch. X. S. 416 flg.

Ein erheblicher, — aber bisher nicht beachteter, allgemeiner Rechtsgrund für die Vorschrift des gem. Rechtes scheint indessen doch folgender zu seyn: — Die Gesetze sagen nirgendwo ausdrücklich, daß das Wegbleiben des Beklagten als eine Verneinung der Klage auszulegen sey. Sie fingiren eigentlich gar nichts, weder ein Geständniß, noch eine Verneinung, wie denn auch, — bei einer unbefangenen Betrachtung, — weder das Eine, noch das Andere mit Sicherheit aus dem Nichterscheinen des Beklagten gefolgert werden kann. Sie weisen den Rich-

ter nur an, dem Kläger zu erklären: „ich bedarf der Anwesenheit des Beklagten nicht, um ihn zu verurtheilen. Wenn du mich von der Wahrheit deines Anspruches überzeugst, so werde ich ihn auch abwesend verurtheilen." Hierin liegt aber gewiß nichts, was der Natur der Sache nicht gemäß wäre. Denn daß der Richter ohne Ueberzeugung Niemanden verurtheilen soll, wird kaum Jemand als Grundsatz bestreiten wollen. — Ein verständiger und rechtlich gesinnter Mann wird sich aber auch zuverlässig nicht darüber aufhalten, wenn ihm der Richter erst einen Beweis seiner Behauptungen abfordert, ehe er definitiv für ihn urtheilt. — Denn es verräth entweder Unverstand, oder Zweideutigkeit der Absicht, wenn der Kläger dem Richter zumuthet, daß er ihm auf sein Wort glauben soll. — Wenn nun aber das gemeine Recht auf Kläger der letzten Art keine Rücksicht nimmt, sondern eine Regel aufstellt, gegen welche ein rechtlicher Mann nichts einwenden wird, so verdient dasselbe in der That die Vorwürfe nicht, welche ihm in dieser Hinsicht von den modernen Legislatoren gemacht worden sind.

Da übrigens in derselben Frist, welche dem Beklagten zur Beantwortung der Klage gegeben wurde, nach dem J. R. A. §. 37. auch alle dilatorischen und peremtorischen Einreden „bei Strafe der Präclusion" vorgebracht werden müssen, so hat der totale Ungehorsam des Beklagten auch den Verlust der Einreden zur Folge, insofern diese nicht einen so wesentlichen Einfluß auf den Rechtsbestand des Verfahrens haben, daß sie schon von Amtswegen ersetzt werden müssen, — oder erst später zur Kenntniß des Beklagten gelangen, oder endlich zu den privilegirten Einreden gehören.

Linde, Abh. S. 23.

Heffter, Inst. S. 343.

Die eben bemerkten Folgen des Ungehorsams können übrigens nur dann wirklich verhängt werden, wenn der Beklagte peremtorisch zur Beantwortung der Klage aufgefordert war, und wenn die hiezu vorgeschriebene Frist abgelaufen ist; ja selbst unter diesen Voraussetzungen treten jene Folgen nicht von selbst ein, sondern der Kläger muß erst noch eine Ungehorsamsbeschuldigung anbringen, um ein förmliches Contumacialdecret zu erwirken, durch welches der Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen, der Beklagte aber seiner Einreden für verlustig erklärt wird. Kommt der Kläger dieser Ungehorsamsbeschuldigung (selbst nach dem Ablaufe der Frist) mit nachträglicher Ueberreichung seiner Vertheidigungsschrift noch zuvor, so werden dadurch dem jetzigen Gerichtsgebrauche zufolge die angeführten Folgen des Ungehorsams abgewendet (purgatio contumaciae).

S. oben §. 159.

Sollte aber die an den Beklagten ergangene Aufforderung zur Beantwortung der Klage nur eine s. g. dilatorische gewesen seyn — (ein Fall, der sich übrigens in dem ehemaligen ordentlichen kammergerichtlichen Processe nicht ereignen konnte, weil die im §. 36 des J. R. A. vorgeschriebene Ladung des Beklagten immer sogleich in peremtorischer Eigenschaft erlassen wurde,

S. die Citationsformel z. B. bei Danz, Reichsgerichtsproceß §. 222. not. a.),

so kann der Kläger nur auf eine wiederholte Aufforderung des Beklagten und auf Kostenersatz antragen.

Fortsetzung.

§. 208.

ad II.

Hinsichtlich der Folgen, welche dann eintreten, wenn sich zwar der Beklagte binnen der ihm vorgeschriebenen Frist vertheidigte, aber nicht so vollständig als er konnte oder sollte, — sind folgende Fälle zu unterscheiden:

A. Der Beklagte hat sich zwar gehörig auf die Klage eingelassen, — d. h. die Geschichtserzählung gehörig beantwortet; aber keine Einrede vorgebracht.

In diesem Falle war der Beklagte im kammergerichtlichen Verfahren gemäß §. 37 und 38 des J. R. A. mit jedem weiteren exceptivischen Vorbringen ausgeschlossen; weil der erste Termin stets ein peremtorischer war (s. den vorigen Paragraph); weil ferner der J. R. A. a. a. O. ausdrücklich verordnete, daß alle Einreden bei Vermeidung der Präclusion in primo termino mit der Antwort auf die Geschichtserzählung des Klägers vorgebracht werden müssen; und endlich, weil diese Collectivhandlung weder getrennt, noch anticipirt, sondern nur in dem Endpunkte der anberaumten Frist, — nämlich an dem Gerichtstage, welcher die äußerste Gränze der Frist bildete, vorgenommen werden durfte.

S. Danz, Grundſ. des Reichsgerichtsproc. §. 235.

Auch war in diesem Falle weder eine Ungehorsamsbeschuldigung nothwendig, noch eine purgatio morae zulässig, und es erfolgte auch kein besonderes Präclusivdecret, wenn nicht etwa der Beklagte später noch versuchte, eine versäumte Einrede nachzuholen.

Ob aber diese Grundsätze auch in dem herkömmlichen gemeinrechtlichen Verfahren unbedingt anzuwenden seyen, ist zu bezweifeln. Wenn die vorgeschriebene Frist eine peremtorische war, und der Beklagte erst am letzten Tage der Frist seine Vertheidigungsschrift übergibt, welche nur eine Antwort und keine Einrede enthält, dann freilich unterliegt jene Anwendung keinem Bedenken. Allein dem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche zufolge wird in der Regel die erste Aufforderung des Beklagten nur in dilatorischer Eigenschaft erlassen, und die Vertheidigungsschrift muß nicht gerade an dem letzten Tage der anberaumten Frist, sondern kann an jedem beliebigen Tage während des Laufes derselben überreicht werden.

Diese Abweichungen geben aber Veranlassung zu der zweifachen Frage:

a) Darf der Beklagte nicht wenigstens in dem Falle, wenn er bloß dilatorisch zur Vertheidigung aufgefordert war, zu der binnen der dilatorischen Frist vollzogenen Einlassung auch später noch eine Einrede nachholen, so lange nicht ein peremtorischer Auftrag zu excipiren erfolgt und auch die hiebei ertheilte Frist versäumt ist? und

b) wenn der Beklagte die Einlassung allein schon längere Zeit vor dem Ablaufe der ihm anberaumten (gleichviel ob dilatorischen oder peremtorischen) Frist vollzogen hat; kann er in diesem Falle nicht wenigstens während des Restes der Frist noch Einreden nachtragen?

Für die Bejahung der ersten Frage spricht der Grund, daß ohne Versäumung einer peremtorischen Frist überhaupt die Verhängung einer besonderen Ungehorsamsstrafe (also hier der Präclusion der Einreden) nicht stattfinden könne.

Allein in der Praxis wird dieser Grundsatz hier nicht festgehalten, weil, wenn auch der Beklagte nur dilato-

risch zum Antworten und Excipiren aufgefordert wird, ihm doch zur Pflicht gemacht ist, beide Handlungen zu verbinden, d. h. die Einreden, wenn ihm solche zu Gebote stehen und er sie gebrauchen will, sogleich mit der Einlassung vorzutragen.

S. Volgiano in der Zeitschrift von Linde. Neue Folge. Bd. IX. S. 311 flg.

Vgl. Heffter, Syst. S. 451. §. 364.

Aus demselben Grunde wird auch die zweite Frage verneint. Indessen glaube ich, daß sich in diesem Falle der Beklagte das Nachholen der Einreden binnen des Restes der Frist mit Erfolg vorbehalten kann, weil er ein Recht auf die Benützung der ganzen Frist hat, und daher aus der Anticipation einer Handlung kein Verzicht auf die andere gefolgert werden darf, wenn er sich ausdrücklich dagegen verwahrt.

Fortsetzung.

§. 209.

B. Der Beklagte hat zwar innerhalb der ihm vorgesetzten Frist Einreden vorgebracht, aber auf die Geschichtserzählung des Klägers nicht geantwortet, d. h. sich nicht eingelassen.

In diesem Falle kommt es auf die Beschaffenheit der vorgeschützten Einrede an.

Ist diese

a) eine gerichtsablehnende (exc. *fori declinatoria*), so kann von einem Ungehorsam des Beklagten gar nicht die Rede seyn, weil diese Einreden den Beklagten von der Verbindlichkeit befreien, sich — auch nur eventuell auf die Hauptsache einzulassen.

J. R. A. §. 40.

Daher wird in diesem Falle vorläufig nur über die vorgebrachte Einrede allein verhandelt und entschieden. Zeigt sich dieselbe als begründet, so wird der Kläger ohnehin von diesem Gerichte hinweggewiesen; es kommt also hier gar nicht mehr zur Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache selbst. Muß aber die Einrede als unbegründet verworfen werden, so ist zwar der Beklagte zum Ersatze der durch diese Präliminarverhandlung verursachten Kosten, und — falls sich herausstellen sollte, daß die Einrede nur zu muthwilligem Aufschube der Hauptsache vorgebracht wurde, außerdem noch zu einer arbiträren Geldstrafe zu verurtheilen;

J. R. A. §. 40.

allein der Beklagte verliert dadurch weder das Recht, auf die Klage nach Belieben zu antworten, noch die Befugniß die ihm zu Gebote stehenden peremtorischen Einreden vorzubringen, sondern in dem die unstatthafte Einrede verwerfenden Decrete wird dem Beklagten noch eine Frist zur Einlassung in der Hauptsache anberaumt.

Die bestrittene Frage, ob der Beklagte in dem letzteren Falle auch noch gemeinverzögerliche Einreden vorbringen dürfe, wird zwar in der Regel richtiger verneint, wegen

§. 40 des J. R. A., verb. mit §. 38 und mit §. 63 und 64 des R. A. von 1594.

Bolgiano a. a. O. S. 317 flg.

Allein solche dilatorische Einreden, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben könnte, oder welche mit der Hauptsache selbst so zusammenhängen, daß sie einen Theil der Klagebeantwortung bilden, sind von dieser Regel auszunehmen.

Sollten übrigens, — was allerdings möglich ist, dem Beklagten mehrere gerichtsablehnende Einreden zu Gebote stehen, so muß er sie alle zugleich bei Vermeidung des Ausschlusses der nicht vorgebrachten anbringen, es müßte denn seyn, daß die Ausschließung eine unheilbare Nichtigkeit verursachen könnte.

Das den gerichtsablehnenden Einreden im §. 40 des J. R. A. eingeräumte Privilegium ist jedoch auf die sogenannten proceßhindernden Exceptionen reichsgesetzlich nicht auszudehnen, weil der Beklagte, ungeachtet des Vorbringens einer solchen Einrede, doch verpflichtet ist, sich wenigstens eventuell auf die Klage einzulassen, also zu antworten und peremtorisch zu excipiren.

S. oben §. 637.

Ueber die except. spolii s. oben S. 575.

Fortsetzung.

§. 210.

b) Wenn die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede eine gemeinverzögerliche ist, so kann demselben allerdings der Vorwurf eines Ungehorsams gemacht werden, weil diese Einreden von der Verbindlichkeit, wenigstens eventuell litem zu contestiren, nicht befreien, der Beklagte aber Letzteres unterlassen hat. Indessen kann dieser Ungehorsam dem Beklagten ganz unschädlich seyn. Denn die Einrede muß, — als rechtzeitig vorgebracht, — doch jedenfalls geprüft werden. Zeigt sich aber dieselbe als begründet, so muß die Klage abgewiesen werden, und dann hat die Strafe des Ungehorsams (Zulassung des Klägers zum Beweise und Präclusion der übrigen Einreden) keine Bedeutung mehr.

Die Ansicht, daß der Richter eine solche Vertheidigungsschrift gar nicht zulassen, folglich auch die vorgeschützte Einrede ignoriren soll, läßt sich nicht rechtfertigen, weil die Reichsgesetze den Beklagten nur mit dem Verluste des Nichtvorgebrachten, keineswegs aber auch mit der Nichtbeachtung des rechtzeitig Vorgebrachten bedrohen.

J. Blumen, process. cameral. Tit. 69. nro. 65.

Selbst der J. R. A. gestattet es dem Richter, einen Vertheidigungsvortrag, welcher bloß dilatorische Einreden, ohne Eventualhandlung, enthält, unter Umständen zuzulassen.

J. R. A. §. 40. „*pro arbitrio judicis*".

Concept. III. 38. §. 10.

R. A. von 1600. §. 117.

Vgl. Seyfart, deutscher Reichsproceß c. 6. §. 12. a. E.

Führt aber die Prüfung der vorgebrachten dilatorischen Einrede zu dem Resultate, daß dieselbe grundlos und verwerflich sey, dann kommt es darauf an, ob der Beklagte bereits peremtorisch zur Vertheidigung aufgefordert war oder nicht.

In dem ersten Falle kann der Kläger darauf antragen, daß er sofort zum Beweise seiner Klage zugelassen und der Beklagte mit allen Einreden präcludirt werde, weil Der, welcher nur eine grundlose verzögerliche Einrede vorbrachte, nichts vor Dem voraus hat, welcher gar nicht antwortete.

Vgl. Concept. III. 38. §. 10.

War aber der Beklagte noch nicht peremtorisch zur Vertheidigung aufgefordert, so wird dem Beklagten gestattet, seine hauptsächliche Handlung binnen einer neuen hiezu (peremtorisch) anzuberaumenden Frist nachzuholen.

Heffter, Syst. §. 363.

Bolgiano a. a. O. S. 326.

A. M. ist Goldschmidt über Litiscontestation und Einreden S. 64 flg.

Die Kosten für die Verhandlung über die vorgebrachte und als grundlos verworfene Einrede hat aber der Beklagte in einem wie in dem andern Falle allein zu tragen, und außerdem kann ihm auch, wenn ihm ein Muthwille zur Last fällt, eine arbiträre Geldstrafe auferlegt werden.

J. R. A. §. 40.

Fortsetzung.

§. 211.

c) Wenn der Beklagte nur eine peremtorische Einrede allein vorschützte, ohne auf den geschichtlichen Theil der Klage bejahend oder verneinend zu antworten, so treten nachstehende Folgen ein:

1) Der Beklagte ist mit allen übrigen Einreden — peremtorischen, wie dilatorischen — welche er vielleicht hätte vorbringen können, ausgeschlossen. Denn die Ausschließung derselben würde ja selbst in dem Falle stattgefunden haben, wenn der Beklagte zugleich neben der wirklich vorgebrachten Einrede litem contestirt, also der ihm in dieser Hinsicht obliegenden Verbindlichkeit entsprochen hätte.

J. R. A. §. 37 u. 38.

Er kann also gewiß keine mildere Behandlung ansprechen, wenn er nicht einmal dieser Verbindlichkeit nachgekommen ist.

Auch ist es in diesem Falle aus schon früher angeführten Gründen (§. 207) gleichgültig, ob der Beklagte peremtorisch oder nur dilatorisch zur Vertheidigung aufgefordert war, sowie, ob er die Vertheidigungsschrift erst am Ende der Frist, oder schon früher überreichte. Nur dann würde in dem letzten Falle noch ein Exceptionsnachtrag während des Restes der Frist zuzulassen seyn, wenn sich der Beklagte einen solchen ausdrücklich vorbehalten hätte (§. 207).

2) Die von dem Beklagten unterlassene Litiscontestation wird auch in diesem Falle durch eine Fiction ergänzt.

Die Ansicht, daß dem Beklagten noch eine nähere Einlassung und Beantwortung der Klage aufzugeben sey,

Heffter, System §. 365.

hat weder eine gesetzliche Bestimmung, noch den Gerichtsgebrauch für sich.

In welcher Art aber die Einlassung fingirt werden soll, ob als bejahend oder als verneinend, ist bestritten.

Die erste Ansicht wird vertheidigt von

Gönner, Handb. II. 36,

die letztere von

Goldschmidt, über Litiscontestation und Einreden. S. 66—72.

v. Linde, Abh. I. S. 24—34.

Richtig ist aber gewiß die letztere. Denn wenn sich der Beklagte über die Klage gar nicht vernehmen läßt, so wird nach reichsgesetzlicher Vorschrift der Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen (§. 206) (was sonst nur im Falle einer verneinenden Antwort geschieht); da aber aus einer peremtorischen Einrede noch kein Geständniß zu folgern ist (qui excipit, non fatetur), so ist kein Grund vorhanden, die Anwendung jener allgemeinen Vorschrift in diesem Falle auszuschließen.

Die entgegengesetzte Ansicht würde zu dem Resultate führen, daß ein Beklagter, welcher der richterlichen Aufforderung wenigstens zum Theile entsprochen hätte, härter behandelt würde, als der, welcher ihr gar nicht Folge leistete.

Das Nähere siehe bei v. Linde a. a. O., wo die v. Gönner'sche Ansicht ausführlich widerlegt ist.

3) Die von dem Beklagten wirklich und rechtzeitig vorgebrachte Einrede geht übrigens keineswegs, wie Einige glauben,

Weber, Beitr. S. 119. Nro. 3.

Gensler, Comment. I. S. 283.

wegen der Unterlassung der Litiscontestation verloren, sondern schließt sich eventuell an die fingirte Einlassung an. Denn der Verlust einer peremtorischen Einrede ist nach der Vorschrift des J. R. A. nicht als eine Strafe der Unterlassung der Litiscontestation bezeichnet, sondern nur als die Folge der Versäumung des ersten Termins, in welchem beiderlei Handlungen vorgenommen werden sollen. Die Ansicht aber, daß die peremtorischen Einreden ihren Platz erst hinter der Einlassung haben, und folglich gar nicht in Betracht kommen dürfen, wenn sie vorgeschützt werden, ehe noch lis wirklich contestirt worden ist, würde consequent zu dem gewiß nicht zu billigenden Resultate führen, daß selbst in dem Falle, wenn der Beklagte im ersten Termine alle seine Verbindlichkeiten erfüllt, also Einlassung und peremtorische Einreden verbunden, aber aus Versehen diese vor jener vorgetragen hätte, — die Einreden unberücksichtigt bleiben müßten.

Daß in Folge der hier vertretenen Ansicht der Ungehorsam dem Beklagten möglicherweise gar keinen Nachtheil bringt, ist allerdings nicht zu läugnen; allein diesen Mißstand hat die Theorie nicht zu verantworten.

v. Linde a. a. O. S. 34.

Goldschmidt a. a. O. S. 72.

4) Ueber die Behandlung des Falles, wenn der Beklagte eine peremtorische Einrede in der Eigenschaft einer proceßhindernden vorgebracht, und darauf hin die Einlassung förmlich verweigert hat, obgleich die Einrede gar nicht zu einer proceßhindernden qualificirt war, s.

Bolgiano a. a. O. S. 327—338.

Fortsetzung.

§. 212.

C. Wenn sich zwar der Beklagte (sey es nun mit oder ohne Einreden) auf die Klage eingelassen hat, aber nicht so, wie es hätte geschehen sollen, also z. B. nicht vollständig oder nicht deutlich genug, so hat der Richter zwar das Recht, demselben zur Aufklärung über die noch zweifelhaft gebliebenen Punkte besondere Fragen zur Beantwortung vorzulegen.

Daß aber der fortgesetzte Ungehorsam des Beklagten in diesem Falle die Annahme eines Zugeständnisses der nicht beantworteten Punkte zur Folge haben soll, wie von

Gensler im Arch. I. S. 48. not. **, und

Mittermaier, Beitr. II. S. 100.

behauptet wird, läßt sich nicht rechtfertigen. Denn die zur Unterstützung dieser Ansicht angeführten Gesetze

c. 2. in 6to 2. 9. und

J. R. A. §. 41 und 49.

sprechen von den Positionen, und von den hierauf abgeforderten Responsionen, welche von einem Eide begleitet waren, und können daher auf den vorliegenden Fall nicht angewandt werden.

Auch kann es mit dem allgemeinen Grundsatze, daß sich die Größe des Nachtheils nach der Größe der Schuld richten soll, nicht vereinigt werden, wenn der Beklagte in dem hier vorausgesetzten Falle strenger behandelt wird, als wenn er dem richterlichen Befehle, auf die Klage überhaupt zu antworten, gar keine Folge leistet.

v. Linde a. a. O. S. 39—46.

Vgl. noch Bolgiano a. a. O. S. 338.

Ueber die Folgen des Ungehorsams des Beklagten in dem Falle, wenn der Klagegrund liquid ist, s. die Abhandlung von

Bolgiano in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. Neue Folge. Bd. XX. S. 231.

Von der Replikschrift.

§. 213.

Replicatio wurde im älteren Röm. Rechte eben so wenig jede Einwendung des Klägers gegen eine von dem Beklagten vorgeschützte exceptio genannt, als jede Einwendung des Beklagten gegen die actio den Namen exceptio führte; sondern replicationes waren nur, wie sie auch Paulus wörtlich beschreibt: „*exceptionis* exceptiones."

Fr. 22. §. 1. D. 44. 1.
Vgl. Fr. 2. §. 1. D. eod.
und überhaupt:
Gaj. IV. 126—129. Tit. Instit. 4. 14.

Wenn sich daher der Kläger darauf berief, daß das Exceptionsrecht des Beklagten ipso jure nichtig oder wieder aufgehoben worden sey, so war dieß eben so wenig eine wahre replicatio, als es eine exceptio war, wenn sich der Beklagte zu seiner Vertheidigung gegen die Klage auf solutio berief.

Sowohl hinsichtlich des materiellen Begriffes, als der formellen Behandlung wurde daher die replicatio der exceptio analog gehalten; nur daß die Clausel, vermittelst welcher die replicatio der formula eingefügt wurde, nicht eine negative Fassung erhielt, wie die exceptio, sondern, weil sie selbst wieder eine Ausnahme von der exceptio bildete, — eine positive, affirmative (z. B. Si inter AA et NN non convenit, ne ea pecunia peteretur [Exceptio], *aut si* postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret etc. [Replicatio]).

S. Puchta, Instit. II. S. 156.
v. Savigny, Syst. V. S. 189 flg.

Keller, Röm. Civilproc. I. S. 153 flg.
v. Helmolt a. a. O. S. 208 flg.
Wetzell, Syst. des ord. Proc. I. §. 18.

Aus denselben Gründen aber, welche oben in der Geschichte der Exceptionen angedeutet worden sind, ist auch hier der engere Begriff der replicatio mit dem einer anderen auf selbständigen Thatsachen beruhenden Vertheidigung des Klägers gegen die Einreden des Beklagten zusammengeflossen; — so daß man gegenwärtig jedesmal von einer Replik spricht, so oft der Kläger, um eine Einrede zu entkräften, eine neue Thatsache anführt, ohne Rücksicht darauf, ob der engere Römische Begriff der replicatio darauf paßt oder nicht. — Ja der Ausdruck „Replik" hat in unserer Gerichtssprache einen noch allgemeineren Begriff erhalten, indem man mit diesem Worte den ganzen Vortrag des Klägers zu bezeichnen pflegt, durch welchen er seine Klage gegen die Anfechtungen des Beklagten aufrecht zu erhalten sucht (Replik = Replikschrift).

Nimmt man das Wort in diesem weitesten Sinne, so richtet sich der Inhalt dieses Vortrages nach dem jedesmaligen Inhalt der Vertheidigungsschrift des Beklagten, und da die allgemeine Form, in welcher der Beklagte die Klage angreifen kann, eine dreifache ist (nämlich durch rechtliche Gegendeduction, durch Läugnen der thatsächlichen Behauptungen oder durch Einreden), so ist auch die Replikschrift in ihren möglichen Richtungen nach diesen drei Seiten hin zu betrachten. Was nun

A. das Verhalten des replicirenden Klägers gegenüber einer rechtlichen Gegendeduction des Beklagten betrifft, so kann dasselbe nur wieder in einer Deduction bestehen, in welcher der Kläger durch stärkere Rechtsgründe oder wissenschaftliche Argumente die Ansicht

des Beklagten zu widerlegen und jenes Princip zu rechtfertigen sucht, auf welches er seine Klage gebaut hat.

B. Hat der Beklagte die thatsächlichen Behauptungen geläugnet, welche der Klage zu Grunde liegen, so kann ihm der Kläger nur mit der Erklärung entgegentreten, daß er bereit sey, den Beweis dieser Behauptungen zu übernehmen. Eine Verbindlichkeit aber, den Beweis selbst schon jetzt anzutreten (zu anticipiren), hat der Kläger nicht. — Sollten übrigens die widersprochenen Thatsachen irrelevant, oder von der Art seyn, daß der Beweis derselben nicht dem Kläger, sondern vielmehr dem Beklagten der Beweis ihrer Nichtexistenz obliegt, so ist hierüber das Geeignete in der Replikschrift vorzutragen.

C. Gegen vorgebrachte Einreden endlich hat sich der Kläger eben so zu verhalten, wie der Beklagte der Klage gegenüber. Er ist daher

a) verpflichtet, sich über die Wahrheit oder Unwahrheit der einer jeden Einrede zu Grunde liegenden Thatsachen bestimmt und speciell zu äußern — (sich gleichsam auf jede Einrede bejahend oder verneinend einzulassen); er kann sich aber auch

b) durch rechtliche Gegendeduction, d. h. durch die Nachweisung, daß die vorgeschützte Einrede gesetzlich gar nicht begründet sey; sowie endlich

c) wieder durch Einreden gegen die Einreden (Repliken im eigentlichen Sinne) zu vertheidigen suchen; in welchem Falle er dieselben Grundsätze zu beobachten hat, welche auch der gegen die Klage excipirende Beklagte beobachten muß.

Obgleich übrigens in diesem letzten Falle die ältere Röm. Distinction zwischen exceptio und defensio jetzt nicht mehr beachtet wird, so ist doch nicht außer Acht zu

lassen, daß auch heutzutage die Replikschrift nur den Zweck hat, die ursprüngliche Klage aufrecht zu halten. Wenn daher der Kläger zwar eine neue selbständige Thatsache anführen kann, welcher gegenüber er die Einrede des Beklagten nicht zu fürchten hat, die aber doch nicht die ursprüngliche Klage retten, sondern nur eine neue Klage begründen kann, so eignet sich diese Thatsache eigentlich nicht zu einem Replicationsstoffe, sondern zu einer Klageänderung.

v. Helmolt a. a. O. S. 211 flg.
Wetzell a. a. O. §. 18. Nr. 1.

Indessen wird es freilich in der Praxis mit dieser Unterscheidung nicht so genau genommen, sondern, — um Wiederholungen zu vermeiden, — statt der Anordnung eines neuen Verfahrens das bisherige fortgesetzt.

S. oben S. 615.

In Beziehung auf die von dem Beklagten vorgebrachten dilatorischen Einreden ist übrigens noch zu bemerken, daß der Kläger, wenn er sie nicht widersprechen oder widerlegen kann, am besten thut, ihnen sofort abzuhelfen, oder wenn auch dieses nicht möglich seyn sollte, von der Fortsetzung des Verfahrens abzustehen.

Enthält die Vertheidigungsschrift des Beklagten auch eine Widerklage, so hat sich der Widerbeklagte dieser gegenüber eben so zu verhalten, wie der Beklagte der Klage gegenüber.

Aber gegen die Widerklage abermals eine Widerklage zu erheben, ist in Folge der Eventualmaxime nicht erlaubt (reconventio reconventionis non datur), wenn nicht etwa die anzubringende Gegenwiderklage aus demselben Geschäfte abgeleitet wird, aus welchem die Widerklage selbst entsprungen ist.

Vergleiche hierüber:

v. Gönner, Hdb. I. 25. §. 10.

A. M. ist v. Linde in s. Zeitschr. I. S. 325.

Dagegen aber:

Sartorius, die Lehre von der Widerklage S. 204 flg.

Vgl. noch: Schmid, Hdb. II. §. 102 S. 70.

Eine noch mehr in das Detail gehende Casuistik hinsichtlich der Einrichtung der Replikschrift gibt:

Schmid, Hdb. §. 104.

Von dem Decrete auf die Replik.

§. 214.

Die richterliche Verfügung auf die Replik besteht gewöhnlich darin, daß dieselbe dem Beklagten ad duplicandum binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt und dem Kläger hievon Nachricht gegeben wird.

Diese Verfügung läßt sich jedoch nur insofern rechtfertigen, als in diesem Vortrage eigentliche Repliken vorkommen.

Denn außerdem ist die Mittheilung ad duplicandum ebenso zwecklos, als die Mittheilung einer Vertheidigungsschrift ad replic., welche nur eine Einlassung auf die Klage enthält. Es könnte daher in diesem Falle unbedenklich das erste Verfahren geschlossen, und dem Beklagten die Replikschrift nur zur Wissenschaft mitgetheilt werden.

Allein die irrige Meinung, als ob dadurch die Rechtsgleichheit der Parteien, oder der Grundsatz verletzt würde, daß dem Beklagten das letzte Wort gebühre, hat in der Praxis Veranlassung dazu gegeben, daß jede

Replikschrift, sie mag nun enthalten was sie wolle, dem Beklagten noch ad duplic. mitgetheilt wird.

S. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 180.

Enthält die Replik auch eine fehlerfreie Reconventions-Exception, so wird der Beklagte in dieser Hinsicht ad replicandum aufgefordert.

Folgen des Ungehorsams in Ansehung der Replik.

§. 215.

Da auch nach neuerem Röm. Rechte das erste Verfahren nicht, wie jetzt, in regelmäßigen Abschnitten und Fristen (ad excip. replic. etc.) fortgeleitet, sondern nach angebrachter und dem Beklagten mitgetheilter Klage ein Termin zur mündlichen Verhandlung der Sache überhaupt bestimmt wurde, so kann begreiflich von den Folgen des Ungehorsams in Ansehung der Replik insbesondere in demselben nichts vorkommen, sondern es kann nur von den Folgen der unterlassenen Fortsetzung der Sache überhaupt die Rede seyn. Hierauf beziehen sich nun vorzugsweise zwei Verordnungen von Justinian, nämlich c. 13. §. 2. C. 3. 1. und Nov. 112. c. 3. Die erste setzt den Fall voraus, wenn der Kläger nach bereits geschehener L. C. ausblieb, und bestimmt, daß hier der Richter auf Begehren des Beklagten nach dreimaliger fruchtloser Vorladung des Klägers die acta prüfen, und nach Befund der Sache das Endurtheil fällen, oder wenn sie hiezu noch nicht reif wäre, den Beklagten „ab observatione judicii relaxare," jedenfalls aber dem ungehorsamen Kläger die Kosten aufbürden soll. Die Nov. 112 spricht überhaupt von dem Ungehorsame des Klägers nach

angestellter und dem Beklagten mitgetheilter Klage, ohne Unterschied, ob die Streithandlungen selbst schon begonnen haben oder nicht. Hier ist nun bestimmt, nach fruchtloser dreimaliger Vorladung des Klägers soll demselben noch eine Jahresfrist gegönnt seyn. — Erschiene er auch während dieses Jahres noch nicht, so soll der Richter die allegationes des Beklagten prüfen, und darnach das Urtheil fällen. Erschiene er aber, so soll er vor Allem angehalten werden, dem Beklagten die bisher verursachten Kosten zu vergüten, und, wenn er nach deren Vergütung die Sache abermals liegen lassen würde, so soll er zur Strafe sein Klagerecht gänzlich verlieren (ab omni cadere actione). S. Bethmann-Hollweg Hdb. I. S. 294 flg. Das canonische Recht verordnete, daß ein Kläger, welcher die Vorladung des Beklagten ausgewirkt hätte, und sodann im Verhandlungstermine selbst ausgeblieben wäre, nicht nur dem Beklagten die Kosten ersetzen, sondern auch mit dem erneuerten Gesuche um Vorladung seines Gegners nicht eher gehört werden soll, als bis er Caution geleistet haben würde, daß er dießmal erscheinen werde.

c. 1. in 6to 2. 6.

Auf Verlangen des Beklagten dürfe aber der Richter auch absente actore das Verfahren in der Hauptsache fortsetzen und das Urtheil fällen.

c. 3. X. 2. 14.

Von den deutschen Reichsgesetzen gehören vorzüglich hieher die

C. G. O. 1523. VI. §. 1.

C. G. O. 1555. p. III. tit. 42, und

J. R. A. §. 44, worin die Vorschrift der C. G. O. v. 1555 neuerdings bestätigt wurde.

Unverkennbar sind darin im Wesentlichen die Bestimmungen der c. 13 C. 3. 1. und der Nov. 112. c. 3. zu Grunde gelegt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob durch die Novelle die c. 13. C. in dieser Beziehung als aufgehoben zu betrachten sey oder nicht.

Die C. G. O. v. 1555, auf welche es jetzt zunächst ankommt, unterscheidet drei Fälle:

1) Der Kläger bleibt in term. citationis aus, ohne vorher seine Klage umständlich vorgebracht zu haben;
2) er erscheint nicht nach bereits vorgebrachter Klage;
3) er ist ungehorsam, nachdem auch die L. C. schon geschehen ist.

In dem ersten Falle kann der Beklagte um Lossprechung von der Instanz und um Verurtheilung des Klägers in die Kosten bitten; in dem zweiten Falle ist ihm die Wahl gegeben, entweder das nämliche Gesuch zu stellen, oder litem zu contestiren, die Hauptsache allein fortzusetzen, und auf ein Endurtheil anzutragen; in dem dritten Falle endlich soll der Richter auf Begehren des Beklagten ebenfalls „mit endlicher Erkanntnuß fürfahren," den Ungehorsamen aber auf jeden Fall in die Kosten verurtheilen, er möge nun in der Hauptsache unterliegen oder nicht.

Da nun der erste Fall jetzt nicht mehr vorkommt,

S. Goldschmidt Abh. I.

so stellt man es dem Beklagten überhaupt frei, im Falle des Ungehorsams des Klägers entweder auf Lossprechung von der Instanz, oder auf Fortsetzung der Hauptsache und endliche Entscheidung derselben anzutragen. A. M. ist v. Linde, Lehrb. §. 230. not. 8. Dagegen aber: Schmid, Hdb. II. S. 84. Wählt der Beklagte den ersten Weg, so wird der Kläger zugleich in die bisheri-

gen Kosten condemnirt, und, wenn er die Klage nachher fortsetzen will, so muß er nach c. 1. in 6. 2. 6. cautionem de lite prosequenda leisten. — Verlangt aber der Beklagte die Fortsetzung der Hauptsache, so ist der Kläger von der Theilnahme an den ferneren Verhandlungen z. B. am Beweisverfahren keineswegs ausgeschlossen; ja die Ladungen und Aufträge werden jetzt in dem Verlaufe des Processes eben so regelmäßig an ihn erlassen, als wenn er in Ansehung der Replik nicht ungehorsam gewesen wäre. — Eben dieser Umstand führt aber zu der Frage, worin denn (abgesehen vom Kostenersatze) eigentlich die Folgen der Versäumung der Frist ad replic. selbst bestehen? Diese Frage ist in den Gesetzen zwar nicht ausdrücklich entschieden, allein sie wird mit Recht nach der Analogie der Bestimmungen über die Folgen der contum. in excip. dahin beantwortet, daß die etwa vorgebrachten Einreden als verneint anzunehmen, die eigentlichen Repliken aber als präcludirt zu betrachten seyen.

Vgl. über das Ganze:
v. Grolman, §. 179.
Gensler, Com. I. S. 288.
Schmid, Hdb. II. §. 105.

Von der Duplikschrift.

§. 216.

Der Zweck der Duplikschrift besteht im Wesentlichen darin, den Einwendungen, welche der Kläger in seiner Replik der ersten Vertheidigung des Beklagten entgegengesetzt hat, zu begegnen, so weit es jetzt vor dem Be-

weisverfahren schon geschehen kann. Was daher in der Replik gar nicht angefochten wurde, braucht hier nicht mehr wiederholt zu werden. — Hieraus ergeben sich folgende Regeln:

1) Hat der Kläger einer dilatorischen Einrede abzuhelfen gesucht, dem Beklagten scheint aber die Abhülfe ungenügend zu seyn, so ist dieß in der Duplik gehörig auszuführen.

2) Rücksichtlich der Einlassung auf die Klage ist eine weitere Erörterung in der Duplik nur dann nothwendig oder zweckmäßig, wenn entweder der Kläger dieselbe als unvollständig geschehen darzustellen, oder die Ansicht des Richters über die Beweislast irre zu leiten suchte.

3) Rücksichtlich der von dem Kläger vollzogenen Einlassung auf die peremtorischen Einreden pflegt man zwar die hiebei vorkommenden Geständnisse auch hier ausdrücklich zu acceptiren; nothwendig wäre dieß aber eben so wenig, als bei Geständnissen in Ansehung der Klage. — Gegen verneinende Einlassungen ist eine weitere Erklärung in der Duplik zwecklos, — wenn anders gegen die Vollständigkeit und Form derselben nichts einzuwenden ist.

4) Hat aber der Kläger eigentliche Repliken vorgeschützt, so muß sich der Beklagte eben sowohl darauf einlassen, wie dieß den Kläger in Ansehung der Exceptionen oblag; — und außerdem kann er auch den Repliken wieder neue Exceptionen entgegensetzen, d. h. Dupliken im wahren Sinne, von welchen übrigens analog dasselbe gilt was oben (§. 213) von den Repliken bemerkt worden ist. §. 1, J. 4. 14. Ueber den Röm. Sprachgebrauch vgl. v. Savigny Syst. V. S. 193.

In Beziehung auf eine etwa angebrachte Widerklage trifft übrigens den Beklagten (als Widerkläger) jetzt erst die Reihe zum Repliciren.

Decret auf die Duplik und weiteres Verfahren.

§. 217.

Mit der Duplik wird in der Regel das erste Verfahren für geschlossen erklärt, und folglich die Duplikschrift dem Kläger nur zur Nachricht mitgetheilt. — Eine nochmalige Anfrage von Seite des Richters an die Parteien, ob sie nichts Neues mehr vorzubringen haben, und eine ausdrückliche Erklärung von Seite der Letzteren, daß sie es bei den bisherigen Vorträgen bewenden lassen wollen (Hintersetzung zum richterlichen Spruche, Submission), wie solche im Röm. Rechte wenigstens vor der Fällung des Endurtheils angeordnet war,

c. 9. C. 3. 1. Auth. „Jubemus" eod.

ist bei der jetzigen Beschaffenheit des Verfahrens nicht nur nicht nothwendig, um die Acten schließen zu können, sondern es würde selbst eine pflichtwidrige Verzögerung der Sache von Seite des Richters seyn, wenn er die Beendigung des Schriftenwechsels von der Willkür der Parteien abhängig machte.

Gönner, Erörter. Nro. 23.

Im canonischen Rechte und in den Reichsgesetzen kommen zwar noch ausdrückliche Bestimmungen über den Beschluß zum Erkenntnisse im Sinne des Röm. Rechtes vor,

can. 11. Caus. 30 qu. 5.

C. G. O. v. 1555. III. Tit. 21 flg.

J. R. A. §. 55 und 153.

und die conclusio causae ist in mancher Beziehung als ein praktisch bedeutender Moment hingestellt, z. B. in

c. 5. in f. X. 2. 12.

c. 9 u. 10. X. 2. 22.

Allein die in diesen Stellen bezeichneten Wirkungen werden jetzt nicht mehr von einer etwa nothwendigen, ausdrücklichen Erklärung der Parteien abhängig gemacht, sondern treten von selbst ein, sobald der Richter nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zahl der Parteivorträge oder über die Folgen des Ungehorsams die Acten als vollständig zum Spruche instruirt erachtet.

Die Regel, daß mit der Duplik der Actenschluß angenommen werden dürfe, unterliegt übrigens mehreren Beschränkungen.

I. Zuweilen ist der Richter *schon früher* dazu berechtigt, — nach der Ueberreichung der Replik, ja selbst nach der ersten Vertheidigung des Beklagten. Unter gewissen Voraussetzungen darf aber

II. auch nach übergebener Duplik der Actenschluß noch nicht erkannt werden, nämlich:

1) wenn in dem Vortrage derselben wesentliche Mängel vorkommen, welche noch verbessert werden müssen;
2) wenn *wahre Dupliken* darin enthalten sind. Denn in diesem Falle muß dem Kläger noch Gelegenheit zum Tripliciren gegeben werden, weil eine Einlassung auf die Dupliken für den Richter nothwendig, und wieder eine wahre Triplik dagegen möglich ist, die dem Kläger nicht entzogen werden darf;
3) wenn der Beklagte in der Duplikschrift eine zwar verspätete, aber doch aus irgend einem Grunde noch zulässige Einrede nachgetragen hat;

4) wenn diese Schrift zugleich eine Reconventions-replik enthält, indem in diesem Falle der Kläger, als Widerbeklagter unter Umständen erst noch zum Dupliciren in reconventione aufgefordert werden muß.

Endlich

III. kann auch zuweilen die Wiederaufhebung des wirklich schon decretirten Actenschlusses nothwendig werden, nämlich

1) dann, wenn der Richter erst jetzt bei der Durchsicht und Prüfung der Acten gewahr wird, daß die Streitfrage noch nicht gehörig aufgeklärt ist; — ein Fall, der sich freilich kaum ereignen könnte, wenn der Richter jede einzelne Schrift sogleich prüfen, und auf Verbesserung der darin vorkommenden Fehler bestehen würde;

c. 10. X. 2. 22.

2) wenn eine Partei ein jetzt noch zulässiges thatsächliches Novum vorbringt, und deßhalb um Aufhebung des Actenschlusses bittet,

J. R. A. §. 78.

welche jedoch nur nach genauer Prüfung der Gründe, und mit Beschränkung der weiteren Verhandlungen bloß auf die neuvorgebrachten Behauptungen bewilligt werden soll.

Nach dem Actenschlusse wird von dem Richter das erste Urtheil gefällt und zur Publication desselben unter Vorladung beider Parteien ein Termin angesetzt.

Vgl. überhaupt: Schmid, Hdb. II. §. 107 u. §. 108.

Von dem Urtheile auf das erste Verfahren.

§. 218.

Das erste richterliche Erkenntniß muß sich zwar in der Regel über alle erheblichen Punkte verbreiten, welche einen Gegenstand der bisherigen Verhandlungen ausmachten. Diese Regel unterliegt jedoch einigen Beschränkungen. Es ist nämlich zu unterscheiden, ob sich der Beklagte unbedingt und ohne eine dilatorische Einrede vorzuschützen, auf die Klage eingelassen, oder ob er solche Einreden angebracht und daher litem nur eventualiter contestirt hat. — In dem ersten Falle muß allerdings auf einmal über alle Streitpunkte erkannt werden, d. h. nicht etwa bloß über die Klage allein, sondern auch über die peremtorischen Einreden, Repliken, Dupliken u. dgl. — In dem zweiten Falle dagegen kommt es theils auf die Beschaffenheit der dilatorischen Einreden, theils darauf an, welches Resultat die bisherigen Verhandlungen in Bezug auf diese Einreden geliefert haben. Die möglichen Fälle sind folgende:

I. Der Beklagte hat eine solche dilatorische Einrede vorgeschützt, welche ihn kraft gesetzlicher Bestimmung, oder schon ihrem Inhalte nach von der Verbindlichkeit, litem zu contestiren, befreite. — In diesem Falle wird, wenn

1) die Einrede am Schlusse des ersten Verfahrens als vollkommen begründet und liquid erscheint, die Klage schon um deßwillen entweder von diesem Gerichte, oder angebrachtermaßen, abgewiesen; der Richter braucht daher in dem Urtheile auf die Hauptsache gar nicht einzugehen. — Eben so wenig wird

2) dann schon jetzt in der Hauptsache gesprochen, wenn in Bezug auf eine Einrede dieser Art noch ein Beweis nothwendig ist, indem man in diesem Falle vorläufig bloß auf diesen Beweis allein erkennt. Nur dann, wenn sich

3) die Einrede jetzt schon als offenbar unstatthaft darstellt, wird in dem Urtheile, nach Verwerfung derselben, in der Hauptsache selbst erkannt, vorausgesetzt, daß der Beklagte bereits event. litem contestirt hat; denn sonst müßte ihm jetzt erst aufgelegt werden sich einzulassen.

II. Der Beklagte hat eine einfache verzögerliche Einrede vorgeschützt. — Auch hier ist wieder zu unterscheiden:

1) Die Einrede ist begründet und liquid, aber gleichwohl noch nicht beseitigt. Unter diesen Voraussetzungen kommt es darauf an, ob ihr in diesem Verfahren noch abgeholfen werden kann, oder ob das Gegentheil davon jetzt schon gewiß ist. In dem letzten Falle erfolgt ohne weiters die Abweisung der Klage (zur Zeit, oder angebrachtermaßen, je nachdem es der Inhalt der Einrede mit sich bringt), und die Hauptsache bleibt begreiflich ganz unberührt. — In dem ersten Falle aber wird dem Kläger aufgegeben, der Einrede binnen einer bestimmten Frist abzuhelfen, und zugleich für diesen Fall in der Hauptsache selbst das Geeignete erkannt.

2) Die Einrede ist zwar rechtlich begründet, allein es erscheint in Ansehung derselben noch ein Beweis als nothwendig. — Auch hier pflegt man mit dem Beweisinterlocute event. schon das Erkenntniß in der Hauptsache zu verbinden. Zweckmäßiger dürfte

es jedoch in manchen Fällen seyn, das Erkenntniß in der Hauptsache so lange aufzuschieben, bis der Beweis geliefert ist.

3) Die Einrede erscheint als unbegründet. Dann wird sie entweder ausdrücklich oder stillschweigend verworfen und sofort in der Hauptsache erkannt. — Sollte endlich

4) einer dilatorischen Einrede bereits im Laufe des ersten Verfahrens vollständig abgeholfen worden seyn, so wird im ersten Urtheile kurz hievon Erwähnung gemacht, und ebenfalls in der Hauptsache gesprochen.

Vgl. Martin §. 175.

Das Erkenntniß in der Hauptsache selbst, d. h. über den Anspruch des Klägers an sich, dann über peremtorische Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. kann übrigens bald ein bloßes Interlocut auf Beweis, bald auch schon ein lossprechendes oder condemnirendes Endurtheil seyn. Es kommt nämlich Alles darauf an, was sich nach sorgfältiger Prüfung und Vergleichung der in den bisherigen Vorträgen enthaltenen Behauptungen und Gegenbehauptungen als der eigentliche Streitpunkt herausstellt, von dem die Entscheidung der ganzen Sache abhängt.

Gestehen sich die Parteien das Factische gegenseitig vollkommen zu, und sind sie nur uneinig über die Auslegung und Anwendbarkeit eines Gesetzes oder eines Rechtssatzes, so wäre begreiflich ein Erkenntniß auf Beweis am unrechten Orte, weil die Auslegung des Gesetzes Sache des Richters ist. In diesem Falle kann und muß also sogleich definitiv entschieden werden.

Ist dagegen ein erhebliches Factum unter den Parteien noch streitig, so kann zunächst nur ein Beweisinterlocut erfolgen. — Die Anwendung dieser Sätze auf

die verschiedenen Lagen, in welchen sich die Sache nach dem Schlusse des ersten Verfahrens befinden kann, unterliegt keiner großen Schwierigkeit. Wenn nämlich

1) der historische Grund der Klage ganz oder doch zum Theile widersprochen wurde, so muß in der Regel immer auf Beweis erkannt werden, auch in dem Falle, wenn mit dem Widerspruche eine peremtorische Einrede verbunden wurde. Nur dann läßt man eine Ausnahme zu, wenn die peremtorische Einrede von dem Kläger selbst eingestanden, oder auf andere Art sogleich vollkommen liquid gemacht wurde, und derselben auch keine Replik entgegensteht. Denn in diesem Falle würde es eine zwecklose Verzögerung des Processes seyn, wenn man noch den Beweis der Klage fordern wollte, indem der Kläger doch auch nach der Herstellung dieses Beweises wegen der ihm entgegenstehenden und bereits erwiesenen Einrede unterliegen müßte. Diese Ausnahme ist jedoch auch nur dann zu rechtfertigen, wenn das Factum, aus welchem die Einrede entsprungen ist, nicht eben sowohl zur Begründung einer selbständigen Klage benützt werden könnte. Denn ist dieß der Fall, so würde der Beklagte nach den Grundsätzen über die Rechtskraft durch jene Abkürzung die Möglichkeit verlieren, sein Recht noch durch eine Klage geltend zu machen, was er sich nicht gefallen zu lassen braucht, da er die Einrede nur event. vorschützte, auf den Fall nämlich, wenn die widersprochene Klage sollte erwiesen werden können, das Mißlingen des Beweises der Klage aber für sich schon und ohne Mitwirkung der Einrede die Lossprechung des Beklagten zur Folge haben muß.

2) Liegt eine widersprochene peremtorische Einrede vor, so muß ebenfalls auf Beweis erkannt werden, es mag nun eine Replik dagegen vorgebracht worden seyn

oder nicht. Nur vollkommen liquide, oder eingestandene Repliken ohne Duplik würden auch hier den Beweis der Einrede überflüssig machen u. s. f.

Vgl. Martin §. 176.

Außerdem sind in Ansehung des ersten Urtheiles noch folgende Modificationen zu bemerken:

a) Auf den Beweis einer Klage, Einrede, Replik und dergleichen darf nur dann erkannt werden, wenn ein Rechtsgrund für den in Frage stehenden Angriff oder Gegenangriff vorhanden ist. Denn fehlt dieser gänzlich, so ist der Antrag immer definitiv zu verwerfen, selbst dann, wenn die angegriffene Partei diesen Mangel nicht ausdrücklich gerügt, sondern nur den factischen Grund des Angriffes widersprochen hätte. Daher soll der Richter in Ansehung der Hauptsache immer vor Allem untersuchen, ob, wie man sich auszudrücken pflegt, die actio (und ebenso jede exceptio, replica u. s. f.) fundata sey oder nicht.

b) Wenn ein Theil des klägerischen Anspruches am Schlusse des ersten Verfahrens schon zu einem Definitivurtheile reif ist, während der andere noch eine Beweisauflage nothwendig macht, so hat es kein Bedenken, daß hinsichtlich Dessen, was liquid ist, jetzt schon endlich, in Ansehung des Illiquiden aber auf Beweis erkannt werden dürfe, und zwar, was das Liquide betrifft, mit der Wirkung, daß deßhalb die Execution nicht bis zur Entscheidung des Illiquiden aufgeschoben zu werden braucht.

Fr. 21. D. 12. 1.

Insofern aber den bis jetzt schon liquid gewordenen Forderungen des Klägers noch unerwiesene peremtorische Einreden des Beklagten entgegenstehen, kann jener keines-

wegs eine Trennung des Liquiden von dem Illiquiden verlangen, sondern muß gleichwohl zuwarten, bis auch die Einreden zur definitiven Entscheidung reif sind.

c. fin. C. 4. 31.

Sehr scharfsinnige Beobachtungen über den Inhalt des ersten richterlichen Urtheils im Allgemeinen mit Rücksicht auf die eigenthümliche Structur des deutschen Processes s. bei Planck, die Lehre von dem Beweisurtheil. Göttingen 1848. S. 234 bis 253.

Von dem Beweisinterlocute insbesondere.

§. 219.

Die Grundsätze, welche der Richter zu beobachten hat, um ein richtiges Beweisinterlocut zu fällen, lassen sich am einfachsten durch die Beantwortung folgender drei Fragen entwickeln:

I. Worüber kann überhaupt ein Beweis gefordert werden?

II. Welcher Partei ist der Beweis aufzulegen? und

III. Wie ist der Beweissatz zu fassen?

Zu I.

Hinsichtlich der ersten Frage gilt im Allgemeinen der Grundsatz: ein Beweis kann nur gefordert werden über factische Behauptungen, welche einen wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung der Sache haben, und von deren Wahrheit der Richter noch nicht juristisch überzeugt ist.

Aus diesem Grundsatze ergeben sich folgende Resultate:

A. Wenn sich eine Partei im Laufe des ersten Verfahrens zur Rechtfertigung ihrer Anträge auf ein bestimmtes Gesetz berufen hat, so ist zu unterscheiden, ob von dem Gegner die formelle Existenz dieses Gesetzes (die Promulgation), oder nur die Richtigkeit der von dem Alleganten versuchten Auslegung desselben bestritten wurde. In dem letzten Falle kann von einer Beweisauflage hierüber nicht die Rede seyn, weil die Auslegung und die Beurtheilung der Anwendbarkeit eines Gesetzes auf den vorliegenden Fall eine geistige Operation des Richters ist, welche nie anstatt von ihm selbst, von einem der streitenden Theile mit verbindender Kraft für den Richter vorgenommen werden darf. Nur dann würde eine Ausnahme zu machen seyn, wenn etwa das Bestehen einer bestimmten Usualinterpretation eines ausländischen Gesetzes von einer Partei behauptet, von der Gegenpartei aber widersprochen worden wäre; in welchem Falle aber auch nur die thatsächliche Existenz jener Interpretation den Gegenstand des Beweises bilden würde.

Wenn aber das äußere Bestehen des allegirten Gesetzes widersprochen wurde, so wäre zwar eine Beweisauflage hierüber insofern möglich, als die Promulgation eines Gesetzes eine historische Thatsache ist. Gleichwohl kann aber auch über diesen Punkt eine Beweisauflage nur dann stattfinden, wenn das formelle Bestehen des in Frage stehenden Gesetzes nicht ohnehin schon als gerichtsbekannt und notorisch zu betrachten ist.

Diese Notorietät bildet aber die Regel, weil sich die vor einem deutschen Gerichte streitenden Parteien in den meisten Fällen entweder auf Particulargesetze des

Landes, in welchem der Proceß geführt wird, — oder auf das gemeine deutsche Recht berufen, die formelle Existenz dieser Rechte und Gesetze aber (Reception oder Promulgation) für das Proceßgericht als notorisch gelten. Nur in zwei Fällen tritt eine Ausnahme ein, nämlich

1) bei Privilegien im engeren Sinne des Wortes, weil die Existenz eines Privilegiums, wenn dasselbe nicht etwa in den Amtsblättern öffentlich bekannt gemacht wurde, nicht notorisch ist;

Fr. 5. pr. D. 22. 3.

und

2) bei ausländischen Gesetzen, weil der inländische Richter keine officielle Kenntniß von der Promulgation solcher Gesetze erhält, und weil ihm gemäß seiner speciellen Amtsverpflichtung strenge genommen auch nicht zugemuthet werden kann, sich aus eigenem Antriebe davon Kenntniß zu verschaffen. Eine Pflicht zu solchen Officialrecherchen läßt sich weder aus c. 44. X. 2. 28, noch aus §. 96 des J. R. A. ableiten.

A. M. ist Schmid, Hdb. II. S. 14. not. 13.

Indessen sind doch auch in Fällen dieser Art noch einige Modificationen zu bemerken. Wenn nämlich

a) der Richter zufällig schon eine vollkommen sichere Kunde von der Existenz und von dem Inhalte des in Frage stehenden ausländischen Gesetzes besitzt, so kann er auch darauf hin, ohne vorgängige Beweisauflage, in der Sache urtheilen.

b) Jedenfalls steht dem Richter das Recht zu, auch aus eigenem Antriebe zu diesem Zwecke Nachforschungen anzustellen, und wenn diese einen befriedigenden Erfolg haben, so kann die Beweisauflage unterbleiben.

c) Wenn er in dieser Hinsicht einer Beihülfe von Seite der Partei bedarf, so ist er mit der Aufforderung

hiezu nicht an die Stelle des Verfahrens gebunden, welche das Beweisinterlocut in der Hauptsache einnimmt, sondern er kann diese Aufforderung zu jeder Zeit erlassen.

Sollte übrigens nicht die Existenz eines Gesetzes, sondern einer Rechtsgewohnheit, oder eines Localstatuts in Zweifel gezogen werden, so kann aus den vorhin angeführten Gründen eine Beweisauflage für den Richter öfter nothwendig erscheinen, als bei allgemeinen und öffentlich promulgirten Gesetzen. Nur bei solchen Gewohnheiten und Localstatuten, deren Existenz in dem eigenen Bezirke des angerufenen Richters behauptet wird, ist dieser gemeinrechtlich zur Selbstnachforschung verpflichtet, nicht aber auch bei Gewohnheiten und Statuten außerhalb seines Bezirkes, gesetzt auch, daß sie noch als inländische bezeichnet seyn sollten.

Fr. 3. §. 6. D. 22. 5.
c. 1. in 6to 1. 2.

Vgl. über das Ganze:

G. Friedrich Puchta, Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 187 flg.

Vergl. Weber, über Verb. zur Beweisführung S. 18 flg.

J. W. Planck, die Lehre vom Beweisurtheil S. 254 flg.

G. W. Wetzell, Syst. I. S. 111. Nr. 2.

Nicht zu verwechseln mit der Beweisauflage über die Existenz eines allgemeinen Rechtssatzes ist die Beweisauflage über das Begründetseyn eines Rechtsverhältnisses in einem concreten Falle. In der Regel soll zwar allerdings der Beweissatz auch nicht auf dergleichen Verhältnisse, sondern auf die natürlichen Thatsachen gerichtet werden, welche die unmittelbare Grundlage

der Entstehung derselben in concreto bildeten. Indessen ist doch diese Regel nicht ohne Ausnahme.

Planck a. a. O. S. 275 flg.

B. Auch über thatsächliche Behauptungen soll ein Beweis nicht aufgelegt werden, wenn sie unerheblich (irrelevant) sind, d. h. wenn die Wahrheit oder Unwahrheit derselben auf die Entscheidung der Hauptsache keinen Einfluß hat.

arg. J. R. A. §. 50.

Die sehr bestrittene Frage, ob ein Interlocut mit irrelevanten Beweissätzen nicht doch rechtskräftig werde, hängt von der Entscheidung der allgemeinen Frage ab, ob das Beweisinterlocut überhaupt der Rechtskraft fähig sey, welche später bei der Untersuchung der Natur dieses Interlocuts erörtert werden wird. Die Frage aber, ob auch nur mittelbar relevante Behauptungen in das Interlocut aufzunehmen seyen, wird unten bei den Regeln über die Fassung des Beweissatzes berührt werden.

Die Relevanz der thatsächlichen Behauptungen vorausgesetzt, ist es übrigens gleichgültig, ob dieselben affirmativ oder negativ lauten, d. h. ob sie darin bestehen, daß etwas geschehen oder nicht geschehen sey. — Nur bei der Vertheilung der Beweislast hat dieser Unterschied in so fern einen entscheidenden Einfluß, als nicht jene Partei, welche der angreifenden Behauptung ihres Gegners einen Widerspruch entgegensetzte, zuerst mit dem Beweise hervortreten muß, sondern der angreifende Gegner selbst. In Beziehung auf die hier allein zu beantwortende Frage aber, über welche Behauptungen — objectiv betrachtet — ein Beweis aufgelegt werden könne oder nicht, ist jener Unterschied unerheblich. — Zwar haben schon die Glossatoren der Regel „negationis nulla est probatio“ eine viel allgemeinere Bedeutung

beigelegt, indem sie behaupteten, daß ein negatives Assert überhaupt nicht zum Gegenstande einer Beweisauflage gemacht werden dürfe, selbst dann nicht, wenn es zur Begründung eines selbständigen processualischen Angriffes aufgestellt worden wäre. Diese Ansicht der Glossatoren ist nicht nur bis zum Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts die vorherrschende geblieben, sondern hat auch noch in der neuesten Zeit, nachdem A. D. Weber in seinem bekannten Werke über die Verbindlichkeit zur Beweisführung der entgegengesetzten Ansicht Eingang verschafft hatte, wieder scharfsinnige Vertheidiger gefunden:

Klötzer, Versuch eines Beitrages zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. 1813.

Kori im Arch. f. civ. Prax. VIII. S. 90 flg.

Vorzüglich aber:

Dr. Theod. Rizy, über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilproc. Wien 1841.

Wenn man aber die gegenseitig vorgebrachten Gründe einer unbefangenen Prüfung unterwirft, so stellt sich die Weber'sche Theorie immer noch als diejenige dar, welche den Vorzug verdient. Denn die Hauptgründe für die entgegengesetzte Ansicht sind folgende:

1) die in mehreren Stellen des Röm. und des canonischen Rechts vorkommende Bemerkung: „Negantis factum per rerum naturam nulla est probatio“;

c. 23. C. 4. 19.
c. 10. C. 4. 30.
c. 2. C. 6. qu. 5.
c. 23. X. 1. 6.
c. 11. X. 2. 19.

2) die schon von den Glossatoren aufgestellte Meinung, daß der Beweis einer Negative schon nach der Natur der Sache nicht möglich sey;

S. die Glosse zu c. 23. C. 4. 19.

und endlich

3) die besonders von den neuesten Vertheidigern der älteren Theorie geltend gemachte Ansicht, daß für jeden (real) verneinenden Satz, welcher keine Bejahung einschließt, die Vermuthung streite.

Rizy a. a. O. §. 25.

Allein was zunächst

Zu 1.

die allegirten Stellen des Römischen Rechts betrifft, so bestimmen diese, wenn man die in denselben berührten Fälle in das Auge faßt, in der That nichts anderes, als daß die Beweislast dem Kläger und nicht dem widersprechenden Beklagten obliege. Der hiefür ohnehin nur beiläufig, und nicht in dispositiver Form angeführte Grund „cum per rerum naturam etc.“ ist daher zunächst auch nur auf jene Bestimmung zu beziehen. — Dasselbe gilt auch von dem mit der c. 23. C. 4. 19. beinahe wörtlich übereinstimmenden c. 2. C. 6. qu. 5. — In dem c. 11. X. 2. 19. soll aber durch die Hinweisung auf die Unmöglichkeit, die Richtigkeit eines von dem Richter allein aufgenommenen Protokolls durch einen directen Beweis anzufechten, nur die allgemeine Verordnung gerechtfertigt werden, daß der Richter künftighin bei den gerichtlichen Verhandlungen einen Actuar beizuziehen verpflichtet seyn soll. Die Stelle handelt daher gar nicht von einer Beweisauflage unter den streitenden Theilen. — Ebensowenig kann dem Inhalte des c. 23. X. 1. 6. ein entscheidendes Gewicht in dieser Streitfrage beigelegt werden, indem hier der Papst zur Motivirung seines Ausspruches in einer bestrittenen Wahlangelegenheit nur unter anderen, ungleich wichtigeren Gründen nebenher auch die

Bemerkung einfließen läßt, daß die Unterlassung der Citation ohnehin nicht „de facili“ würde bewiesen werden können.

Daß das canonische Recht von dem Grundsatze des Röm. Rechts, dem zufolge der Kläger (überhaupt der selbständig angreifende Theil) den Grund seines Angriffes zu beweisen hat, auch in dem Falle nicht abweichen wollte, wenn der Grund des Angriffes in einer verneinenden Behauptung bestand, ergibt sich sogar aus einigen ausdrücklich hiefür sprechenden Stellen.

c. 5. X. 1. 9.

c. 14. X. 2. 22.

Vergl. über die Interpretation der bisher angeführten Stellen: C. Christ. Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises. Braunschweig 1822. S. 48—61.

v. Linde in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. I. S. 94 flg.

Zu 2.

Die Meinung, daß der Beweis einer Negation an sich schon unmöglich sey, ist jedenfalls vollkommen unbegründet. Bestünde wirklich eine absolute Unmöglichkeit dieser Art, so würde wohl die in Frage stehende Controverse nie entstanden seyn. Abgesehen davon, daß das Nichtgeschehenseyn einer Handlung oder Thatsache sehr oft auf indirecte (künstliche) Art bewiesen werden kann (z. B. in Folge der bekannten exceptio alibi); läßt sich dasselbe in solchen Fällen, in welchen das Nichtgeschehenseyn auf bestimmte engere Zeit- und Ortsgränzen beschränkt ist, nicht selten auch direct beweisen; und sollte es hiezu an ordentlichen Beweismitteln, z. B. Zeugen oder Urkunden, fehlen, so würde in der Regel wenigstens die Eideszuschiebung zu Hülfe genommen werden können. — Die vielleicht in einem einzelnen Falle zufällig eintretende

Unmöglichkeit kann aber hier ebensowenig einen rechtlichen Befreiungsgrund bilden, als bei affirmativen Behauptungen, über welche zuweilen zufällig auch kein Beweis hergestellt werden kann. Eine auffallende Erscheinung ist es übrigens, daß man an dem Glauben an die Unmöglichkeit eines negativen Beweises festhalten konnte, während man doch täglich directe Gegenbeweise in den Urtheilen vorbehielt, und selbst gelungene directe Gegenbeweise zu würdigen oft genug Gelegenheit hatte.

Dem canonischen Rechte scheint zwar allerdings bei der öfter wiederholten Bemerkung „cum *per rerum naturam* etc." der Gedanke einer solchen Unmöglichkeit vorgeschwebt zu haben. Allein daß es demselben doch nicht unbedingt traute, beweisen die restringirenden Zusätze, welche gewöhnlich jener allgemeinen Bemerkung beigefügt sind, z. B. „nulla *directa* probatio", — „*quandoque* non potest"; „*non de facili*".

c. 11. X. 2. 19.
c. 23. X. 1. 6.
c. 1. in 6to 2. 9. (in welcher Stelle sogar negative Positiones ausdrücklich zugelassen werden).

Aus diesen Gründen hat auch der neueste Vertheidiger der älteren Theorie das Unmöglichkeitsargument nicht nur aufgegeben, sondern selbst gründlich widerlegt.

Rizy a. a. O. §. 24.

Zu 3.

Wenn aber an die Stelle dieses Argumentes ein anderer allgemeiner Grund zur Aufrechthaltung der älteren Theorie substituirt wird, nämlich daß für einen realverneinenden Satz die Vermuthung streite, und daß deßhalb kein Beweis darüber aufzulegen sey (a. d. O. §. 25), so ist hiegegen zu bemerken, daß, wenn man auch wirklich in

Folge des von dem Verfasser angewandten Probabilitäts-Calculs annehmen müßte, daß verneinenden Behauptungen eine größere Wahrscheinlichkeit zu statten komme, als bejahenden, doch diese Vermuthung, als eine bloß einfache, durch kein ausdrückliches Gesetz sanctionirte, von der Beweislast nicht befreien könnte.

Eine ausführliche, auch auf andere Entwickelungspunkte dieser Theorie eingehende Kritik s. in Heffters Ausgabe der Weber'schen Schrift über die Verbindlichkeit zur Beweisführung in dem Anhange S. 224—232.

Wenn man nun diesen Gründen gegenüber erwägt, daß das Röm. Recht dem wiederholt ausgesprochenen und in unzähligen einzelnen Fällen zur Anwendung gebrachten Grundsatze „Actori incumbit probatio" nirgendwo die Ausnahme beifügt, „wenn nicht etwa die Intention des Klägers auf der Nichtexistenz einer Thatsache beruht"; vielmehr in einigen Fällen, in welchen der Klagegrund wirklich eine Negative involvirt, jenem Grundsatze treu dem Kläger die Beweislast auflegt, z. B. in

Fr. 15. D. 22. 3.
Fr. 10. D. 45. 1.

so scheint der oben der Weber'schen Ansicht eingeräumte Vorzug hinreichend gerechtfertigt zu seyn.

Vgl. außer den bisher Angeführten überhaupt noch: Bethmann-Hollweg, Versuche S. 325 flg.

C. Auch relevante thatsächliche Behauptungen einer Partei eignen sich nur dann zur Auflage eines Beweises, wenn sie am Schlusse des ersten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind. Diese Ungewißheit fällt aber hinweg, wenn entweder schon ein gerichtliches Geständniß einer Behauptung vorliegt, oder wenn

eine Rechtsvermuthung dafür spricht, oder wenn die behauptete Thatsache notorisch ist. Von diesen Befreiungsgründen soll jetzt gehandelt werden.

Von dem Geständnisse.

§. 220.

Begriff und Arten.

Unter Geständniß — im Gebiete des Civilprocesses — versteht man die Aeußerung einer Partei, wodurch dieselbe eine Thatsache als wahr anerkennt, welche von ihrem Gegner im gerichtlichen Streitverfahren gegen sie geltend gemacht werden kann. Die wesentlichen Merkmale in dem Begriffe des Geständnisses sind demnach folgende:

1) Ein Geständniß kann nur von einer Partei abgelegt werden. Was ein Dritter für oder gegen eine Partei aussagt, wird Zeugniß genannt. Die processualische Stellung der Parteien macht jedoch hiebei keinen Unterschied, d. h. nicht bloß der Beklagte kann ein Geständniß ablegen, obgleich ihm zunächst Veranlassung dazu gegeben ist, sondern auch der Kläger, z. B. wenn er eine Thatsache als wahr einräumt, auf welche der Beklagte eine Einrede gegründet hatte. Hinsichtlich des Inhalts stimmt übrigens das Geständniß mit einem Zeugnisse insofern überein, daß hier wie dort die Wahrheit eines thatsächlichen Verhältnisses bestätigt wird, so daß man das Geständniß im Allgemeinen auch als ein Zeugniß einer Partei gegen sich selbst auffassen kann. — Eine reine Willenserklärung, ein Versprechen u. dgl., ist daher eigentlich kein Geständniß, obgleich ein solches häufig damit

verbunden ist, z. B. in einem Schuldscheine. — Eben daher setzt auch das Geständniß, wie jedes Zeugniß, eine wenigstens angeblich schon vorhandene rechtlich wirkende Thatsache voraus, welche noch der Bestätigung bedarf. Diese Thatsache selbst ist nie das Geständniß, selbst wenn sie in der Aeußerung einer Partei bestanden hätte, die ihr nachtheilig werden konnte. Widrigenfalls müßte man auch eine Verbalinjurie als ein Geständniß des Injurianten betrachten.

2) Die Selbstaussage der Partei muß von der Art seyn, daß sie von dem Gegner zu ihrem Nachtheile benützt werden kann. Behauptet sie etwas zu ihrem Vortheile, so wird diese Aeußerung nie ein Geständniß genannt. In objectiver Beziehung ist dieses Merkmal das wesentlichste im Begriffe des Geständnisses, weßhalb es auch zuweilen ganz allein hervorgehoben wird, z. B. schon bei Quintilian Declam. CCCXIV. (Confessionem accipiendam esse qualemcunque *contra se* pronunciationem).

3) Gegenstand des Geständnisses können nicht bloß eigene Handlungen des Gestehenden, sondern auch Handlungen des Gegners, überhaupt Thatsachen und Ereignisse aller Art seyn, wenn sie nur auf die Entscheidung des Rechtsstreites einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß haben. — Selbst das streitige Rechtsverhältniß in seiner Gesammtauffassung kann Gegenstand eines Geständnisses seyn. — Nur allgemeine Rechtssätze sind insofern ausgeschlossen, als der Richter durch das Zugeständniß eines von dem Gegner aufgestellten irrigen Rechtssatzes nicht verpflichtet werden kann, diesen Satz zur Richtschnur seiner Entscheidung zu nehmen.

4) Gewöhnlich wird das Geständniß zwar in der Form einer Antwort auf eine vorausgehende Behauptung des Gegners abgelegt. Wesentlich ist jedoch diese Form

keineswegs, sondern es kann auch in dem primitiven Vortrage einer Partei, z. B. schon in der Klageschrift, etwas eingestanden werden.

Ebenso ist es

5) in Beziehung auf den Begriff des Geständnisses gleichgültig, ob dasselbe erst während des Processes, oder schon früher, — ob es vor Gericht, oder außergerichtlich abgelegt wurde. Aber die Wirkungen des Geständnisses sind allerdings in diesen Fällen nicht die nämlichen, und deßhalb ist auch das gerichtliche Geständniß von dem außergerichtlichen zu unterscheiden, und von jedem besonders zu handeln.

Ueber den Begriff des Geständnisses ist überhaupt zu vergleichen: Schneider, von dem rechtl. Beweise §. 72 flg.

Weber, über Verbindl. zur Beweisf. S. 53 flg.

Brackenhöft im Archiv für civil. Praxis XX. S. 248 flg.

Von dem gerichtlichen Geständnisse insbesondere.

Römisches Recht.

§. 221.

Im älteren Röm. Rechte kommen dreierlei Arten des gerichtlichen Geständnisses vor:

A. Die *confessio in jure*, d. h. das unbedingte Zugeständniß des klägerischen Anspruches von Seite des Beklagten, nach bereits erhobener Klage, aber noch während der Verhandlung vor der Obrigkeit (also noch in jure, nicht erst in judicio). Auf diese Art der confessio bezieht sich

Paul. R. S. V. 5 a. §. 2—5 und II. 1. §. 5.
Dig. 42. 2.
Cod. 7. 59.

B. Die confessio auf eine *interrogatio in jure*, d. h. ein Geständniß, welches Jemand zwar auch vor der Obrigkeit (in jure) ablegte; allein noch vor angestellter Klage; — auf Fragen, welche ihm Derjenige, der gegen ihn klagen wollte, vorläufig zur Beantwortung vorlegen durfte, um sich über gewisse Vorbedingungen der Klage, insbesondere über die jetzt sogenannte passive Legitimation zur Sache Aufschluß zu verschaffen. Von diesen Fragen und deren Beantwortung handelt
Dig. 11. 1.

C. Die confessio in judicio, oder das Geständniß, welches erst nach vollzogener litiscontestatio vor dem judex abgelegt wurde.

Die Natur und Wirkung dieser drei Arten des gerichtlichen Geständnisses war sehr verschieden. Wenn nämlich

Zu A.

der Beklagte den ganzen Anspruch des Klägers schon in dem einleitenden Verfahren vor der Obrigkeit unbedingt zugestand, so kam es gar nicht zu einem Rechtsstreite (lis). Es wurde weder ein judex ernannt, noch ein Urtheil gesprochen, sondern das Geständniß vertrat die Stelle des Urtheils (Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. Fr. 1. D. 42. 2. — c. un. C. 7. 59. — Fr. 6. §. 2. D. 42. 2). Gleichwie nun durch ein rechtskräftiges Urtheil formelle Wahrheit entstand (res judicata pro veritate accipitur), ebenso wurde diese Wirkung auch der confessio in jure, als einem Surrogate des Urtheils beigelegt, und diese Wirkung konnte in der Regel weder durch einen Gegenbeweis,

noch durch einen Widerruf, sondern, wie bei dem rechtskräftigen Urtheile, nur durch restitutio in integrum entkräftet werden.

Fr. 7. D. 42. 2.

Auch darin stimmte die confessio in jure mit dem rechtskräftigen Urtheile überein, daß der Kläger gegen den confessus sofort auf Execution antragen konnte.

Paul. S. R. II. 1. §. 5.

c. 9. C. 7. 53.

Fr. 6. §. 6. D. 42. 2.

Nach dem Rechte der zwölf Tafeln galten zwar diese Grundsätze nur in Beziehung auf einen — einer bestimmten Geldschuld geständigen Beklagten (aeris confessi);

Gell. XX. 1.

und auch nach der Einführung des Formularverfahrens konnte nur ein auf eine bestimmte Geldsumme lautendes Geständniß einer condemnatio gleichgestellt werden, weil die condemnatio selbst dazumal immer auf eine Geldsumme gerichtet seyn mußte.

Vgl. Fr. 6. pr. u. §. 1. D. 42. 1.

Paul. V. 5 a. 2.

Allein in der Folge dehnte man die Wirkung der confessio in Folge einer oratio D. Marci auch auf solche Fälle aus, in welchen das Geständniß nicht auf eine bestimmte Geldsumme ging, wenigstens insofern, daß nach der confessio nur noch ein judicium de re ***aestimanda*** gegeben wurde.

Fr. 25. §. 2. Fr. 26. D. 9. 2.

Fr. 6. §. 2. D. 42. 2.

Fr. 56. D. 42. 1.

Vgl. über das Ganze:

Puchta, Instit. II. S. 171 flg.

v. Savigny, Syst. VII. S. 6 flg.

Seitdem übrigens in solchen Fällen, in welchen der Beklagte zur Leistung, Restitution oder Exhibition einer speciell bestimmten Sache verurtheilt war, die Execution auch durch directe Hinwegnahme dieser Sache bewirkt werden konnte, war in diesen Fällen auch ein judicium de re aestimanda nicht mehr nothwendig, wenn nur in dem Geständnisse auch der Gegenstand der Leistung genau genug bezeichnet war.

Fr. 68. D. 6. 1.

Zu B.

Durch eine confessio auf eine interrogatio in jure konnte zwar die Anordnung eines Judiciums und die Fällung eines Urtheils nicht überflüssig gemacht werden, weil diese confessio nie die Hauptstreitfrage selbst erschöpfte, wie dieß bei der confessio in jure der Fall war, sondern nur einen speciellen Präjudicialpunkt ins Reine brachte. Indessen stimmte doch auch diese confessio in manchen Beziehungen mit der confessio in jure überein. Sie begründete nämlich

a) ebenfalls formelle Wahrheit und hatte eine bindende Kraft für den Confitenten, d. h. dieser wurde dadurch quasi ex contractu obligirt.

Fr. 11. §. 9. D. 11. 1.

Fr. 7. 8. 11. §. 1 u. 2. Fr. 15. D. eod.

Aus diesem Grunde wurde auch die eingestandene Thatsache jeder weiteren Nachforschung des judex dadurch entzogen, daß dieselbe als bereits unabänderlich feststehend in die Klageformel aufgenommen wurde, welche durch diese Modification den Beinamen einer interrogatoria actio erhielt.

S. die Ueberschrift, dann Fr. 1. §. 1. und Fr. 22. D. 11. 1.

b) Da in Folge dieser formellen Kraft eines solchen Geständnisses auf die Uebereinstimmung desselben mit der objectiven Wahrheit nichts mehr ankam,

Fr. 4. pr. Fr. 5. Fr. 11. §. 9. D. 11. 1.

so war in der Regel weder ein Widerruf, noch eine Anfechtung desselben durch den bloßen Beweis der Unrichtigkeit seines Inhaltes zulässig, sondern es blieb auch hier, wie bei der confessio in jure, dem Gestehenden nur das Mittel der restit. in integrum übrig, insofern er eine justa causa restitutionis, z. B. einen thatsächlichen, nicht auf grober Nachlässigkeit beruhenden Irrthum nachzuweisen vermochte.

Fr. 11. §. 8. 10. 11. 12. D. 11. 1.

Ueber die scheinbar widersprechenden Fr. 23. §. 11. Fr. 24 u. 25. D. 9. 2. s. Brackenhöft a. a. O. S. 378 flg., besonders 382 unt. flg., und v. Savigny, Syst. VII. S. 18 u. 36.

Hinsichtlich der Frage, ob sich das Institut der interrogationes auch noch unter Justinian erhalten hat oder nicht, ist zu unterscheiden die Sache selbst und die äußere Form und Stellung. Daß die Sache selbst noch bestand, und daß insbesondere die so eben angeführten Grundsätze über die Natur und Wirkung eines auf eine gerichtliche interrogatio abgelegten Geständnisses immer noch festgehalten wurden, ist nicht zu bezweifeln, indem nicht angenommen werden kann, daß Justinian über eine veraltete Einrichtung eigene in ein weitläufiges praktisches Detail eingehende Titel in seine Sammlung sollte aufgenommen haben.

Brackenhöft im Archiv für civil. Praxis. XX. S. 394 flg.

Die äußere Stellung der interrogationes im Verfahren mußte aber jedenfalls schon vor Justinian durch

den Untergang des ordo judiciorum eine Veränderung erfahren. Denn seitdem die beiden Hauptabschnitte des Processes — jus und judicium — dergestalt in Eins zusammengeflossen waren, daß kein judex mehr ernannt, sondern die ganze Verhandlung bis zum Ende von dem obrigkeitlichen Richter allein geleitet und von diesem auch das Urtheil gesprochen wurde, konnte von einem Gegensatze der interrogatio und confessio *in jure* und *in judicio* ebensowenig mehr die Rede seyn, als von actionibus interrogatoriis. Jetzt war vielmehr jedes in einem Rechtsstreite vor Gericht abgelegte Geständniß als eine confessio in jure zu betrachten. — Nach einer Bemerkung des Juristen Callistratus in

Fr. 1. §. 1. D. 11. 1.

kann sogar vermuthet werden, daß die interrogationes schon vor der Aufhebung des Formularprocesses in das judicium verlegt, und dadurch die interrogatoriae actiones überflüssig geworden seyen,

v. Savigny, Syst. VII. S. 24 flg.

obgleich der Gedanke an irgend eine Interpolation dieser Stelle bei unbefangenener Durchlesung derselben nicht leicht unterdrückt werden kann.

Vgl. Zimmern, R. R. G. III. §. 125. not. 12.
Puchta, Instit. II. S. 176.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß schon nach dem älteren Rechte nicht bloß eine Partei, sondern auch der Prätor eine interrogatio stellen konnte, sowie daß eine freiwillige Erklärung ohne vorausgehende Frage einer Antwort auf eine gestellte Frage gleichgehalten wurde.

Fr. 9. pr. §. 1. D. 11. 1.

Zu C.

Geständnisse, welche eine Partei erst nach der litis contestatio vor dem judex ablegte, machten nach älterem

Rechte, so lange noch jus und judicium getrennt waren, das Urtheil in keinem Falle überflüssig.

Arg. Fr. 74. D. 5. 1.

Hier fand also der Satz: confessus pro judicato habetur nie eine Anwendung.

Auch fehlte der confessio in judicio die formell verbindende Kraft, welche einer confessio in jure beigelegt wurde, und es hing lediglich von der freien Beurtheilung des judex ab, wie viel Gewicht einem solchen Geständnisse unter den jedesmaligen Umständen einzuräumen sey.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 284.

Wetzell, Syst. S. 106.

Seitdem aber in Folge der Aufhebung des getrennten Verfahrens das judicium gleichsam in dem jus aufgegangen war, nahm auch jedes gerichtliche Geständniß je nach seinem Inhalte oder Umfange entweder die Natur einer confessio in jure oder einer confessio auf eine interrogatio in jure an.

Heutiges Recht.

§. 222.

Die wesentlichen Bestimmungen über das gerichtliche Geständniß, wie sich dieselben der bisherigen Darstellung zufolge im neuesten Röm. Rechte gestaltet haben, sind in keiner späteren gesetzlichen Quelle des gemeinen Rechtes aufgehoben oder abgeändert worden. Das canonische Recht hat sogar einige derselben ausdrücklich anerkannt.

Vgl. X. 2. 18.

lib. VI. 2. 9.

In der neuesten Zeit hat zwar ein Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, daß diese positiven Bestimmungen

durch die Richtung, welche Theorie und Praxis in dieser Lehre genommen haben, für abrogirt zu halten seyen.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 301.

Die Theorie allein hätte jedoch in keinem Falle bestehende gesetzliche Vorschriften zu entkräften vermocht; eine allgemeine constante Praxis aber, durch welche eine solche Abrogation bewirkt worden, ist nicht nachzuweisen.

Brackenhöft im Arch. XX. S. 411.

Man muß daher die Grundsätze des Römischen und canonischen Rechts auch jetzt noch bei der Darstellung der Lehre von dem gerichtlichen Geständnisse zu Grunde legen, nur mit Ausschluß solcher Vorschriften, deren praktische Bedeutung bloß auf ganz singulären, jetzt nicht mehr bestehenden Einrichtungen beruhte; z. B. der Vorschrift über die absolute Unanfechtbarkeit der confessio in jure in solchen Fällen, ubi lis inficiando in duplum crescit.

S. v. Savigny, System VII. §. 307. und S. 43. Nr. 3.

Hält man im Allgemeinen diesen Standpunkt fest, so kann man, was

1) den Begriff anbelangt, nicht jedes Geständniß ein gerichtliches nennen, welches überhaupt vor einer Gerichtsbehörde, — gleichviel übrigens bei welcher Gelegenheit, — abgelegt wurde, sondern nur ein solches, welches ein streitender Theil in demselben Processe vor Gericht ablegte, in welchem es gegen ihn geltend gemacht wird. In diesem engeren Sinne genommen hat aber

2) das gerichtliche Geständniß nicht bloß die Natur eines gewöhnlichen Beweismittels, sondern eine eigenthümliche förmliche Kraft, welche in den Wirkungen hervortritt.

Hinsichtlich dieser Wirkungen sind aber folgende Fälle zu unterscheiden:

I.

Der Beklagte hat den vollen Anspruch des Klägers — unbedingt — ohne Einrede und Vorbehalt gerichtlich zugestanden.

In diesem Falle ist auch jetzt eine Verurtheilung des Beklagten überflüssig. Denn, wenn der Beklagte Alles unbedingt zugibt, was der Kläger behauptet und von ihm begehrt, so ist in der That gar kein Stoff zu einem Streite, und eben daher auch keine Veranlassung zu einem richterlichen Urtheile vorhanden. Inter consentientes nullae sunt partes judicantis. Das Geständniß vertritt also in diesem Falle auch jetzt noch die Stelle des Urtheils.

Der Gerichtsgebrauch stimmt zwar nicht überall damit überein, und selbst große wissenschaftliche Autoritäten unterstützen diesen Gerichtsgebrauch, insbesondere

Weber a. a. O. S. 85.
v. Savigny, Syst. VII. S. 44. Nr. 4.

Allein der Gedanke, daß gegen einen confessus in diesem Falle eine Verurtheilung nicht mehr nothwendig ist, hat seinen Grund gewiß nicht in einer zufälligen, dem Wechsel unterworfenen Form des gerichtlichen Verfahrens, sondern in der unveränderlichen Natur des Verhältnisses selbst, wie sich derselbe denn auch im Röm. Rechte von der frühesten Zeit bis auf Justinian unter allen Veränderungen des Gerichtswesens erhalten hat. Auch der Executivproceß des Mittelalters beruht auf der praktischen Anerkennung des Satzes: „confessus pro judicato habetur“, und in mehreren deutschen Particular-

gesetzen ist dieser Satz ausdrücklich bestätigt, z. B. in der

Bayer. Gerichtsordnung Cap. 12. §. 1. pr.

Nur wird freilich, wenn unmittelbar auf das Geständniß hin schon die wirkliche Execution stattfinden soll, auch heutzutage, wie schon nach Röm. Rechte vorausgesetzt, daß der Inhalt des Geständnisses ebenso beschaffen ist, wie auch der Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils beschaffen seyn muß, wenn demselben sofort die Execution soll folgen können. Ist daher z. B. nur die Verbindlichkeit an sich, nicht aber auch der Gegenstand der Leistung durch das Geständniß genau festgestellt, so ist allerdings auch jetzt noch ein besonderes Nachverfahren und ein Urtheil über den Gegenstand oder die Größe der Leistung nothwendig.

II.

Ein streitender Theil — gleichviel, ob Kläger oder Beklagter, — hat zwar Behauptungen seines Gegners zugegeben, aber nicht alle, oder nicht ohne Vorbehalt und Einrede.

In diesem Falle wird zwar durch das Geständniß das Urtheil nicht überflüssig gemacht, weil immer noch etwas streitig bleibt (entweder die nicht zugestandenen einzelnen Behauptungen, oder die von dem Confitenten seinem Geständnisse beigefügte Einrede); allein das Geständniß hat doch auch in diesem Falle die Wirkung, daß die zugestandene Behauptung außer Streit gestellt wird, so daß weder der Richter über die Wahrheit derselben eine weitere Nachforschung anzustellen hat, noch der Gestehende selbst mit einem Beweise der objectiven Unwahrheit dessen, was er einmal eingestanden hatte, gehört wird.

S. oben §. 221. Zu B.

Nicht zu verwechseln mit dem bloßen Beweise der objectiven Unwahrheit des Eingestandenen ist jedoch der Beweis, daß es dem Geständnisse selbst an irgend einem wesentlichen Erfordernisse seiner Gültigkeit gemangelt habe. Dieser Gegenbeweis muß allerdings zugelassen werden, namentlich also der Beweis, daß sich der Confitent ex justa causa geirrt habe, weil der Irrthum die zu einem wirksamen Geständnisse erforderliche Willensbestimmung hindert.

S. §. 221. Zu B.
c. 3. X. 2. 18.

Diese Anfechtung eines gerichtlichen Geständnisses ist übrigens nicht bloß in dem hier in Frage stehenden, sondern auch in dem vorher unter Nr. I. angeführten Falle zulässig.

Arg. Fr. 2. D. 42. 2.

In dem letzten Falle kann sie jedoch, weil die confessio die Stelle des Urtheils vertritt, nur in der Form einer restitutio in integrum geschehen. In dem ersten Falle hingegen kann sie auch, so lange der Rechtsstreit noch nicht beendigt ist, durch das einfache Anerbieten zu dem Beweise des Irrthums eingeleitet werden.

c. 2. in 6to 1. 21.

Daß ein gehörig abgelegtes gerichtliches Geständniß durch einen bloßen einfachen Widerruf (ohne allen Beweis) nicht unwirksam gemacht werden kann, versteht sich dem bisher Gesagten zufolge von selbst. Nur dann ist hievon eine Ausnahme zu machen, wenn entweder

a) das Geständniß irriger Weise von einem Advocaten abgelegt wurde, in welchem Falle es — der gewöhnlichen Meinung zufolge — von dem Clienten binnen drei Tagen zurückgenommen werden kann;

C. 2. 10.

Vgl. jedoch: Schmid, Hdb. I. S. 230—235.

oder wenn

b) der Parteivortrag, welcher das Geständniß enthält, überhaupt noch zurückgenommen oder abgeändert werden darf.

S. Brackenhöft a. a. O. S. 407 flg.

Erfordernisse eines gerichtlichen Geständnisses.

§. 223.

Da ein gerichtliches Geständniß dem bisher Gesagten zufolge als eine mittelbare, und noch dazu für den Confitenten nachtheilige Disposition über das in Frage stehende Rechtsverhältniß erscheint, so wird dazu

1) auf Seite des Gestehenden freie Dispositionsbefugniß erfordert. Daher ist z. B. das von einem Pupillen ohne seinen Tutor abgelegte Geständniß ungültig.

Fr. 6. §. 5. D. 42. 2.

War der Tutor beigezogen, so findet gegen ein nachtheiliges Geständniß restitutio i. i. statt, welche auch den Minderjährigen,

Fr. 6. §. 5. D. 42. 2.
Fr. 9. §. 2. D. 4. 4.
Fr. 26. §. 5. D. 9. 4.

sowie nach canonischem Rechte den Kirchen und gleichgestellten Personen zugesichert ist.

c. 2. in 6to 1. 21.

Ueber das Geständniß bei einem litis consortium s. Brackenhöft S. 283. not. 31; — und über das Geständniß des Gemeinschuldners im Concursprocesse meine Theorie des Conc.-Proc. §. 61.

2) Nach Röm. Rechte mußte die confessio in jure von dem Beklagten persönlich abgelegt werden, d. h. ein Stellvertreter konnte den dominus durch eine confessio in jure ebensowenig als durch irgend eine andere Handlung obligiren.

Fr. 6. §. 4. D. 42. 2.

Vgl. jedoch: Fr. 25. §. 1. D. 9. 2. — Fr. 20. pr. D. 11. 1.

und darüber:

Brackenhöft S. 283 flg.

Allein jetzt hat es wohl kein Bedenken, daß man auch durch einen gehörig bevollmächtigten Procurator ein wirksames gerichtliches Geständniß ablegen könne, weil überhaupt bei obligatorischen Verhältnissen eine vollständige Repräsentation durch Dritte zulässig ist.

Vgl. Bethmann-Hollweg S. 275 u. 307.

Brackenhöft a. a. O. S. 391.

3) Die confessio muß vor dem competenten Richter abgelegt werden; außerdem kann sie wohl als ein außergerichtliches, aber nicht als ein gerichtliches Geständniß wirken.

c. 4. X. 2. 1.

Boehmer, I. E. P. lib. II. tit. 18. §. 6.

Bethmann-Hollweg S. 257.

4) Das ältere Röm. Recht forderte auch die persönliche Gegenwart des Klägers, wenn der confessus pro judicato gehalten werden sollte, weil man einem Abwesenden auch nicht condemnirt zu werden pflegte.

Fr. 6. §. 3. D. 42. 2.

Allein, da schon Justinian ein vollkommen wirksames Urtheil selbst zu Gunsten eines ungehorsam abwesenden Klägers zuließ,

c. 13. §. 2. C. 3. 1.

so kann diese Beschränkung jetzt nicht mehr beachtet werden.

Brackenhöft S. 392.

Dagegen ist es allerdings auch jetzt noch nothwendig, daß das Geständniß dem jetzigen adversarius, oder dessen Stellvertreter gegenüber und nicht vor einem Dritten abgelegt werde. Sonst kann es höchstens als außergerichtliches in Betracht kommen.

Fr. 22. D. 11. 1.

A. M. v. Gönner, Hdb. II. 43. §. 12 u. 13.

5) Es muß durch eine ausdrückliche Erklärung geschehen.

Fr. 142. D. 50. 17.

Bloßes Stillschweigen wird nur ausnahmsweise in einigen Contumacialfällen als Geständniß angenommen.

Fr. 34. §. 6. D. 12. 2.

c. 2. in 6to 2. 9.

Vgl. noch Brackenhöft S. 399 flg.

Auch wird Bestimmtheit und Deutlichkeit vorausgesetzt. — Ob aber das Geständniß mündlich oder schriftlich abgelegt wird, ist insofern gleichgültig, als eine mündliche, aber zu Protokoll genommene Aeußerung einer schriftlich abgegebenen gleichsteht.

Vgl. Bethmann-Hollweg S. 307.

6) Wenn das Geständniß verbindende Kraft haben soll, so darf der Gegenstand desselben nicht der Privatwillkür der streitenden Theile entzogen seyn;

arg. c. 23. C. 7. 16.

c. 6. 39. C. eod.

weßhalb auch eine bestehende Ehe in Folge eines bloß eingestandenen Ehehindernisses nicht getrennt werden darf.

c. 5. X. 4. 13.

7) Die Frage, ob zur Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses auch die Acceptation von Seite derjenigen Partei vorausgesetzt werde, welche dasselbe zu ihrem Vortheile benützen könnte, ist von den älteren Praktikern allgemein bejaht worden.

Vgl. z. B. *Gail*, obs. I. obs. 55. nro. 8.

Die neuere Doctrin statuirt aber das Gegentheil, und zwar mit Recht, indem dieses Erforderniß weder gesetzlich irgendwo vorgeschrieben ist, noch aus der allgemeinen rechtlichen Natur des Geständnisses abgeleitet werden kann.

S. z. B. schon *Leyser*, Med. spec. 473. coroll. 1.
Danz, ord. Proc. §. 201. not. a.

Insofern das Geständniß in der Form einer bejahenden Antwort auf eine von der Gegenpartei schon vorher aufgestellte Behauptung erfolgt, ergibt sich die Richtigkeit dieser Ansicht schon aus dem Satze: „confessus pro judicato habetur", indem der Beklagte nicht sofort als sachfällig betrachtet werden könnte, wenn erst noch die ausdrückliche Annahme des Geständnisses von Seite des Klägers nothwendig wäre. Man hat sich zwar früher hiergegen auf Fr. 6. §. 3. D. 11. 1. berufen; allein in dieser Stelle ist nur von der Nothwendigkeit der Anwesenheit des Klägers, nicht auch der Acceptation von seiner Seite die Rede. Leichter könnte gegen die neuere Theorie in dem Falle ein Bedenken entstehen, wenn eine Partei, ohne durch eine vorausgehende Behauptung ihres Gegners hiezu veranlaßt worden zu seyn, — also aus eigenem Antriebe vor Gericht etwas äußert, was die Einräumung eines ihr nachtheiligen Umstandes enthält, z. B. wenn der Kläger schon in dem geschichtlichen Vortrage seiner Klage Thatsachen anführt, auf welche eine Einrede gegen die Klage gegründet werden könnte. Denn

in diesem Falle könnte die Ansicht geltend gemacht werden, daß es erst auf den Gegner ankomme, ob er von der ihm dargebotenen Waffe Gebrauch machen wolle oder nicht, und daß, wenn er nicht wolle, auch der Richter auf das Geständniß keinen Werth legen dürfe. — Allein, wenn auch zugegeben werden muß, daß dem Gegner der Vortheil, welchen er aus dem Geständnisse ziehen könnte, nicht aufgedrungen werden darf, und daß daher im Falle eines Verzichtes von seiner Seite auch der Richter dem Geständnisse keine Folge zu geben hat; — so kann doch aus dem Umstande allein, daß der Gegner das Geständniß nicht ausdrücklich acceptirt, noch nicht ein Verzicht gefolgert werden, um so weniger, als alle Wahrscheinlichkeit gegen eine solche Annahme streitet.

Uebrigens ist hiebei noch zu bemerken, daß die Behauptungen, welche eine Partei in einem Streitvortrage aufstellt, keineswegs bloß der Beantwortung und Beurtheilung des Gegners allein, sondern auch der Kritik des Richters insofern unterworfen sind, als dieser einen Vortrag wenigstens dann von Amtswegen zurückweisen darf, wenn sich die gänzliche Unstatthaftigkeit des gestellten Gesuches aus den eigenen Angaben des Gesuchstellers unzweifelhaft ergibt. Wenn daher z. B. der Kläger so thöricht gewesen wäre, in der Geschichtserzählung selbst anzuführen, daß seine Forderung schon auf irgend eine Art vollständig erloschen sey, ohne zugleich die Wirksamkeit der angeführten Erlöschungsart zu bestreiten, so würde der Richter ohne Zweifel die Klage von Amtswegen sofort zurückzuweisen berechtigt seyn.

Vgl. über das Ganze:

Gesterding, Nachforsch. II. S. 106 flg.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 302. not. 120[a].

Wetzell, Syst. S. 107. not. 8.
Brackenhöft a. a. O. S. 272 flg.

8) Im Fr. 14. §. 1. D. 11. 1. wird bemerkt: „in totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.“ Die Worte „*in totum*“ deuten an, daß wir es hier mit einem allgemeinen Grundsatze zu thun haben, und dieser kann nach der übrigen Wortfassung der Stelle kein anderer seyn, als der, daß ein Geständniß, welches etwas rechtlich oder physisch Unmögliches enthält, wirkungslos ist. Da dieser Satz auch in Beziehung auf richterliche Urtheile gilt,

Fr. 3. pr. u. §. 1. D. 49. 8.

so kann die Anwendung desselben auf gerichtliche Geständnisse, welche in gewissen Fällen die Stelle des Urtheils vertreten, keinen Anstoß erregen.

Nur wird freilich, was die physische Unmöglichkeit betrifft, in der Regel vorausgesetzt, daß das Eingestandene an sich unmöglich sey, und nicht etwa bloß in dem concreten Falle nicht habe geschehen können. —

Z. B. Fr. 3. 5. D. 42. 2.

Hinsichtlich der rechtlichen Unmöglichkeit lassen sich die Römischen Juristen zwar auf eine casuistische Erläuterung ein,

Fr. 13. 14. pr. 16. D. 11. 1.

die jedoch keinesfalls als erschöpfend betrachtet werden kann.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 273 unt.

Ueberhaupt ist bei der Anwendung des Grundsatzes ein gewisses Schwanken der Juristen unverkennbar; z. B.

Fr. 3. D. 42. 2.

„etsi jam a natura recessit.“

Fr. 8. D. eod.

„*non omnimodo*".

Fr. 7. eod.

Vgl. über das Ganze:

v. Savigny, Syst. VII. S. 33 flg.

9) Daß auch bei dem gerichtlichen Geständnisse die Willensbestimmung des Gestehenden fehlerfrei seyn muß, versteht sich von selbst. — Behauptet daher der Confitent, durch Zwang oder Irrthum zu dem Geständnisse gebracht worden zu seyn, so kann er das Geständniß anfechten (s. oben §. 222). Auf Scherz oder Simulation kann er sich jedoch zur Entkräftung eines gerichtlichen Geständnisses nie berufen, indem hier der animus confitendi immer vorausgesetzt wird. Ist aber aus der Art und dem Zusammenhange der Erklärung ersichtlich, daß sich die Partei dadurch nicht binden wollte (z. B. in Folge einer ausdrücklich beigefügten Protestation), so ist die Erklärung überhaupt nicht als ein Geständniß zu betrachten.

Von dem außergerichtlichen Geständnisse.

§. 224.

Außergerichtlich nennt man ein Geständniß nicht bloß dann, wenn es überhaupt nicht vor Gericht, sondern auch in dem Falle, wenn es zwar vor Gericht, aber einem andern Gegner gegenüber, — oder — auch demselben Gegner gegenüber, aber in einem anderen Rechtsstreite abgelegt wurde, als in welchem es jetzt geltend gemacht werden will.

Die Natur und Wirkung eines solchen Geständnisses ist von der eines gerichtlichen Geständnisses wesentlich

verschieden. Denn das letztere ist nicht bloß ein Beweismittel, sondern auch ein formeller Verpflichtungsgrund, d. h. durch ein gerichtliches Geständniß kann für den Confitenten eine Obligation entstehen, welche vielleicht außerdem gar nicht begründet wäre. Das außergerichtliche Geständniß ist aber immer nur ein Beweismittel; es kann nur die Existenz einer anders woher schon begründeten Obligation darthun, aber nicht selbst eine Obligation erzeugen. Die innere Grundform dieses Beweismittels ist im Allgemeinen die eines Zeugnisses, insofern auch der Gestehende, wie der Zeuge, über eine Thatsache oder Handlung etwas aussagt.

Vgl. c. 13. C. 4. 30.

„*testimonio proprio resistere*“.

Der Grund, warum dieses Beweismittel von dem gewöhnlichen Beweise durch Zeugen abgesondert und dem Geständnisse auch ohne die äußeren Formen, von deren Beobachtung die Beweiskraft der Zeugenaussage abhängt, geglaubt wird, liegt wohl darin, weil im Allgemeinen nicht zu vermuthen ist, daß Jemand zu seinem eigenen Nachtheile etwas aussagen würde, wenn er es nicht selbst für wahr hielte. Da jedoch diese Vermuthung keineswegs immer zutrifft, und nicht selten Jemand durch Motive und Rücksichten ganz anderer Art, als durch Gewissenhaftigkeit und eigene Ueberzeugung dazu bewogen wird, etwas zu äußern, was zwar in der Folge in irgend einer Beziehung gegen ihn benützt werden könnte, zu der Zeit aber und unter den zufälligen Umständen, unter welchen die Aeußerung gemacht wurde, ihm vielmehr einen momentanen Vortheil gewährte; so würde es sehr ungeeignet seyn, jedem außergerichtlichen Geständnisse — bloß um jener allgemeinen Vermuthung willen — schon volle Beweiskraft einzuräumen. — Dazu wird außerdem

noch erfordert, daß in dem gegebenen Falle auch der animus confitendi vorhanden war, d. h. es muß aus den Umständen, unter welchen das Geständniß abgelegt wurde, hervorgehen, daß der Gestehende nicht durch irgend eine Nebenansicht zu seiner Aussage bestimmt wurde, sondern daß er die ernstliche Absicht hatte, der Wahrheit Zeugniß zu geben. Ist es gewiß, daß diese Absicht nicht vorhanden war, so beweist das außergerichtliche Geständniß gar nicht; ist das Vorhandenseyn jener Absicht zweifelhaft, so reicht es wenigstens zu einem vollen Beweise nicht hin. Ob übrigens in einem einzelnen Falle der animus confitendi anzunehmen sey oder nicht, ist Sache des richterlichen Ermessens. Als leitende Anhaltpunkte für dieses arbitrium sind folgende hervorzuheben:

a) Ein außergerichtliches Geständniß, welches dem jetzigen Proceßgegner selbst gegenüber abgelegt wurde, hat mehr Gewicht, als ein vor dritten Personen abgelegtes;

b) ein vor Gericht, aber in einem anderen Rechtsstreite abgelegtes Geständniß ist höher anzuschlagen, als eine Aeußerung im Kreise des Privatlebens;

c) ein schriftliches Geständniß hat mehr Werth, als ein bloß mündliches, weil bei jenem mehr Ueberlegung vorauszusetzen ist, als bei diesem.

Hatte Jemand seinem jetzigen Proceßgegner in einer gerichtlich errichteten schriftlichen Urkunde die Wahrheit einer Thatsache zugestanden, so ist der animus confitendi als gewiß vorauszusetzen. Aber auch dann, wenn die das Geständniß enthaltende Urkunde nur eine dem jetzigen Gegner ausgestellte Privaturkunde war, hat das Geständniß volle Beweiskraft.

Diese schriftlichen außergerichtlichen Geständnisse sind es nun vorzugsweise, auf welche sich die Vorschriften des

Röm. Rechts in dieser Lehre beziehen; obgleich die Zulässigkeit der Berufung auf ein außergerichtliches mündliches Geständniß auch nach Röm. Rechte nicht als ausgeschlossen betrachtet werden kann.

Nov. 90. c. 2.

Die Bestimmungen über außergerichtliche schriftliche Geständnisse sind aber folgende:

1) Wer sich in einer schriftlichen Urkunde als Schuldner eines Anderen bekannt hat, muß, wenn der Gläubiger diese Urkunde gegen ihn producirt, das Geständniß gegen sich gelten lassen. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß in der Urkunde auch der Entstehungsgrund der Schuld speciell ausgedrückt wurde. Außerdem (bei einer s. g. cautio indiscreta) muß der Gläubiger noch den speciellen Entstehungsgrund beweisen.

Fr. 25. §. 4. D. 22. 3.

c. 13. C. 4. 30.

Ebenso auch:

c. 14. X. 2. 22.

Aber auch unter dieser Voraussetzung ist es

2) dem Schuldner gestattet, sein Geständniß nicht etwa bloß in der Art anzufechten, daß er einen Mangel der subjectiven Erfordernisse, z. B. widerrechtlichen Zwang, thatsächlichen Irrthum u. dgl. beweist, sondern auch durch den Beweis der objectiven Unrichtigkeit desselben. — Nur wurde es mit diesem Gegenbeweise gegen ein in einer cautio discreta enthaltenes Geständniß im Röm. Rechte besonders strenge genommen.

Fr. 25. §. 4. D 22. 3.

„nisi *evidentissimis* probationibus, *in scriptis* habitis.“

c. 13. C. 4. 30.

„per *apertissima* rerum argumenta, *scriptis* inserta.“

Das canonische Recht enthält jedoch diesen schärfenden Zusatz nicht.

c. 14. X. 2. 22.

3) Urkunden, welche kein directes Schuldbekenntniß, sondern nur die Einräumung einer Thatsache enthalten, welche rechtlich zum Nachtheile des Ausstellers benützt werden kann, dienen zwar zum Beweise dieser Thatsache;

Fr. 26. §. 2. D. 16. 3.

hier ist aber der Gegenbeweis schon nach Röm. Rechte keiner besonderen Strenge unterworfen.

Fr. 19. §. 1. D. 46. 4.

c. 13. C. 8. 43.

4) Bei schriftlichen Geständnissen über den Empfang eines Darlehens, einer Zahlung (Quittungen) und über die *numeratio dotis* ist jedoch, weil diese Urkunden oft schon vor der wirklichen Auszahlung in der sicheren Erwartung, daß diese demnächst erfolgen werde, zu Stande kommen, binnen gewisser Zeiträume, nicht einmal ein Gegenbeweis nothwendig, sondern der Beklagte kann, wenn vor dem Ablaufe der gesetzlich bestimmten Fristen ein solches schriftliches Geständniß gerichtlich gegen ihn geltend gemacht werden will, das Geständniß einfach dadurch entkräften, daß er erwidert, Dasjenige doch nicht erhalten zu haben, dessen Empfang er in der Urkunde bescheint hatte (except. non numeratae pecuniae, dotis). Das Nähere hierüber ist aus den Vorträgen über Civilrecht bekannt.

Faßt man nun das bisher Gesagte kurz zusammen, so zeigt sich der Unterschied zwischen dem gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisse vorzüglich in folgenden Beziehungen:

1) Durch das gerichtliche Geständniß kann eine obligatio begründet, — und selbst das Urtheil überflüssig gemacht werden. Das außergerichtliche Geständniß ist immer nur ein Beweismittel.

2) Das gerichtliche Geständniß kann durch den bloßen Gegenbeweis der objectiven Unwahrheit des Eingestandenen nicht entkräftet werden; wohl aber das außergerichtliche. Denn da das Röm. Recht diesen Gegenbeweis selbst gegen schriftliche Geständnisse zuläßt, so kann die Zulassung desselben gegen mündliche Geständnisse noch weniger einem Bedenken unterliegen.

3) Die Existenz eines gerichtlichen Geständnisses bedarf keines Beweises, weil es in den nämlichen Acten vorkommen muß, in welchen es benützt werden will. Die Existenz eines außergerichtlichen Geständnisses muß immer erst bewiesen werden, wenn sie nicht selbst von dem Gegner zugegeben wird.

4) Bei dem gerichtlichen Geständnisse ist der animus confitendi vorauszusetzen; bei dem außergerichtlichen kann er bestritten und bezweifelt werden, und deßhalb macht zuweilen

5) das außergerichtliche Geständniß gar keinen, oder nur unvollständigen Beweis.

Vgl. über die ganze Lehre:

Gesterding, Nachforsch. II. S. 112 flg.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 296 flg.

v. Savigny, Syst. VII. S. 44.

Wetzell, Syst. I. §. 22.

Von dem s. g. qualificirten Geständnisse wird zweckmäßiger später, nach der Erörterung der Grundsätze über die Beweislast gehandelt.

Von den Vermuthungen.

§. 225.

Wenn man den Richter von der Wahrheit einer Behauptung überzeugen will, so kann dieß im Allgemeinen auf doppelte Art geschehen. Entweder

A. man beweist geradezu dasjenige Factum selbst, worauf die Behauptung gerichtet ist, oder

B. man beweist ein anderes Factum, von dem aber auf die Wahrheit des eigentlich zu beweisenden ein Schluß gezogen werden kann.

In dem ersten Falle nennt man den Beweis einen directen oder natürlichen, in dem zweiten einen indirecten oder künstlichen.

Der letztere hat nun nicht immer gleiche überzeugende Kraft, sondern er kann bald zur vollen Gewißheit führen, bald nur zu einem höheren oder geringeren Grade von Wahrscheinlichkeit. — Volle Gewißheit entsteht nur dann, wenn beide Thatsachen (die wirklich erwiesene und die zu erweisende) in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß der Erfahrung zufolge eine ohne die andere, oder mit der anderen gar nicht vorkommen kann. Insofern aber die Verbindung oder Ausschließung nur gewöhnlich oder zuweilen vorkommt, kann auch der Beweis der einen die Existenz oder Nichtexistenz der andern nur mehr oder minder wahrscheinlich machen. — Solche Schlußfolgerungen nun, welche nicht zur Gewißheit, sondern nur zur Wahrscheinlichkeit führen, nennt man Vermuthungen (praesumtiones, indicia).

Hieraus ergibt sich von selbst, daß eine Partei, welche nur eine Vermuthung für sich hat, dadurch in der

Regel noch keineswegs von der Verbindlichkeit befreit seyn könne, den Beweis ihrer Behauptung zu liefern. Diese Regel leidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn die positiven Gesetze ausdrücklich bestimmen, daß der Richter unter gewissen Voraussetzungen eine, wenn gleich nicht mit Nothwendigkeit daraus folgende Behauptung als juristisch gewiß annehmen dürfe. Sind nämlich in diesem Falle nur die Voraussetzungen (die Prämissen des Schlusses) vollkommen außer Zweifel gesetzt, so ist die Partei nicht mehr schuldig, die damit in Verbindung gebrachte Thatsache noch besonders zu beweisen. In solchen Fällen nun, wo kraft gesetzlicher Vorschrift Etwas als juristisch wahr gilt, spricht man von Rechtsvermuthungen (praes. *juris* im Gegensatze zu den einfachen Vermuthungen oder praes. facti, hominis); und nur von diesen gilt der Satz, daß sie von der Beweislast befreien. Mit Rücksicht auf den Grad ihrer Wirksamkeit unterscheidet man übrigens zweierlei Classen solcher Rechtsvermuthungen, nämlich a) praesumtiones juris schlechtweg, welche noch einen Gegenbeweis zulassen, und b) praesumtiones juris et de jure, welche sogar diesen ausschließen und daher besser fictiones genannt würden.

Vgl. M. Weindler über Vermuth. §. 29.

Präsumtionen der ersten Art sind nur da anzunehmen, wo ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt ist, daß der Richter unter bestimmten Voraussetzungen über eine Thatsache von der sie behauptenden Partei keinen Beweis mehr zu fordern braucht, keineswegs aber auch in solchen Fällen, wo das Gesetz nur anführt, was man im gewöhnlichen Leben zu vermuthen pflegt, wie z. B.

Fr. 31. §. 21. D. 21. 1.

und

Fr. 3. §. 1. D. 1. 15.

Auch ist ein Generalisiren oder ein analoges Ausdehnen dieser Präsumtionen nicht zu rechtfertigen, so häufig auch Beides, namentlich bei den älteren Juristen, vorkommt.

S. Weber, von den Bew. S. 129 flg.

Beispiele solcher Präs. finden sich in

Fr. 24. D. 22. 3.
Fr. 25. §. 1. D. eod.
Fr. 9. §. 1. D. 34. 5.
c. 3. C. 10. 22.
Fr. 12. D. 1. 5.
Fr. 6. D. 1. 6.
Fr. 51. D. 24. 1.
Fr. 5. §. 1. D. 22. 3.
c. 5. C. 6. 36.
c. 6. X. 1. 9.

Praesumtiones juris et de jure aber kommen namentlich bei mehreren Ungehorsamsstrafen im Processe vor, z. B.

Fr. 34. §. 9. D. 12. 2.
c. 15. X. 2. 27.
c. 6. in 6to 2. 15.
J. R. A. §. 49.

Einige Rechtslehrer zählen übrigens das, was zuweilen in Folge des Ungehorsams als geschehen angenommen wird (z. B. Verzicht, Geständniß u. dgl.), gar nicht den Vermuthungen bei, und verstehen unter praesumt. juris et de jure solche Rechtsvermuthungen, gegen welche nur der Gegenbeweis mehr beschränkt oder physisch unmöglich ist.

Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilpr. Braunsch. 1822. §. 57 flg.

Linde, Lehrb. (5te Aufl.) §. 255 a. E.

Vergl. noch:

G. Friedr. Puchta, das Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 162 not. 15.

Dr. L. Arndts, Beiträge zu versch. Lehren des Civilrechts und Civilproc. Bonn 1837. S. 137.

Von der Notorietät.

§. 226.

Im Allgemeinen gilt zwar der Grundsatz, daß der Richter bei der Entscheidung eines Rechtsstreites nur solche Thatsachen als gewiß annehmen darf, von deren Wahrheit er durch die amtlichen Verhandlungen in diesem Rechtsstreite überzeugt worden ist. — Diese Regel, mit rücksichtloser Consequenz auf alle vorkommenden Verhältnisse angewandt, würde jedoch zuweilen zu Resultaten führen, gegen welche sich der gesunde Sinn eines Jeden sträuben müßte. — Daß die Römischen Juristen jenes formelle Princip nicht bis zu diesem Grade festhielten, dafür bürgt ihr praktischer Sinn, wenn gleich keine ausdrückliche Beweisstelle dafür allegirt werden kann. (Denn Fr. 3. §. 2. D. 22. 5. gehört gar nicht hieher, und der Ausdruck „notoria" in Fr. 6. §. 3. D. 48. 16, dann c. 7. C. 9. 2. hat eine ganz andere Bedeutung.)

Das canonische Recht ist aber der Consequenz jenes Princips auf dem Punkte, wo dessen Anwendung zur Ungereimtheit und Chicane führen würde, durch die wiederholt vorkommende Bemerkung „notorium non eget probatione" entgegengetreten.

c. 3. X. 2. 21.

c. 8. X. 3. 2.

c. 10. X. 1. 17.

Zwar wollen einige Rechtslehrer diese Vorschrift bloß auf das Gebiet der Kirchendisciplin beschränken, im Civilprocesse aber die Gültigkeit derselben nicht anerkennen.

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. tit. 1. §. 5 flg.

Karl Christ. Collmann, Grundlin. einer Theor. des Beweises S. 125—129.

Allein c. 3. X. 2. 21. muß sowohl dem Inhalte und der Fassung nach, als auch in Hinsicht auf die Ueberschrift des Titels, in dem es steht, — allgemein verstanden werden, und die Praxis hat jene Vorschrift des canonischen Rechts immer unbedenklich auch auf den Civilproceß angewandt.

Schwieriger ist es übrigens allerdings, auszumitteln, was eigentlich als „notorisch" zu betrachten sey, weil die Erklärungen und Beschreibungen des canon. Rechts in dieser Beziehung etwas unbestimmt und vieldeutig sind, z. B. in

c. 10. X. 3. 2.

c. 24. X. 5. 40.

Dieser Schwierigkeit halber haben einige den Begriff der Notorietät aus dem Gebiete des Civilprocesses gänzlich verbannt wissen wollen, z. B.

Weber, über Beweisführung S. 44—53, dem auch der Verfasser gegenwärtiger Vorträge in den früheren Auflagen größtentheils folgte.

Allein eine unbefangene Vergleichung aller hierauf Bezug habenden Stellen des canonischen Rechts führt doch wohl zu dem Resultate, daß dasselbe unter einem factum notorium eine solche Thatsache versteht, welche öffentlich und zwar mit solcher Gewißheit bekannt ist, daß ein Wegläugnen desselben nur als eine Chicane betrachtet werden könnte.

c. 8. X. 3. 2.

„*ita publicum*“.

c. 10. X. eod.

„quod *nulla tergiversatione celari potest*“.

c 3 X. 4. 13.

Stryk, de notorio in opp. Tom. XII. Disp. 4. §. 15.

G. Friedr. Puchta, Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 160 und besonders 163.

Linde, Lehrb. (5te Aufl.) §. 254. not. *

Heffter in den Zusätzen zu Webers Verbindlichkeit u. s. w. (Leipzig 1845.) S. 196—198.

Objectiv sucht den Begriff des Notorischen zu bestimmen Wetzell, Syst. S. 116 flg.

Den Begriff der Notorietät bloß auf große Staats- und Naturbegebenheiten zu beschränken, wie Gönner Hdb. II. S. 259 will, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Vielmehr widerspricht diese Beschränkung dem canonischen Rechte, welches in verschiedenen Stellen Verhältnisse notorisch nennt, welche doch nichts weniger als den Charakter großer Begebenheiten an sich tragen, z. B. c. 10. X. 3. 2. c. 13. X. 5. 3.

Uebrigens erkennt das canonische Recht selbst die naheliegende Möglichkeit einer unrichtigen Anwendung der Regel „notorium non eget etc.“ an, indem es ausdrücklich vor der Verwechslung des Notorischen mit einem bloßen Gerüchte (fama, rumor viciniae) warnt.

c. 14. X. 2. 28.

Ob in einem gegebenen Falle Etwas als notorisch zu betrachten sey, hat der Richter zu beurtheilen. — Notoria werden in der Regel ohnehin nicht widersprochen werden. Sollte es aber doch geschehen, so kommt es darauf an, ob die Gegenpartei durch ihre Einwendungen erhebliche Bedenken in dem Richter zu erregen vermag,

oder nicht. In dem letzten Falle nimmt der Richter keine Rücksicht darauf. In dem ersten Falle hingegen, d. h. wenn dem Richter wirklich Zweifel darüber entstehen, ob die Thatsache so gemeinkundig sey, daß das Vorgeben des Gegners, sie sey ihm unbekannt, nur als eine unverantwortliche Ignoranz oder als Chicane betrachtet werden könne, — ist eben kein wahres notorium vorhanden, und der Richter erkennt, wie sonst auf Beweis. Dieser Beweis ist aber nicht auf das Notorischseyn der Thatsache, sondern auf die Thatsache selbst zu richten.

Stryk, l. c. c. 2. §. 15—17.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 360 flg.

Außerdem ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Gewöhnlich werden in der neueren Doctrin dreierlei Arten der Notorietät unterschieden, nämlich a) Das, was jeder erwachsene, vernünftige Mensch ohnehin wissen muß (Menschenkundigkeit); b) Das was dem ganzen Publicum mit Zuverlässigkeit bekannt werden mußte (Volkskundigkeit), und c) Das, was dem Gerichte bereits amtlich bekannt ist (Gerichtskundigkeit). Von der ersten Art der Notorietät spricht zwar das canonische Recht nicht ausdrücklich, sondern es scheint vorzugsweise nur die zweite Art im Auge zu haben. Indessen hat es doch gerade in Bezug auf Das, was menschenkundig ist, am wenigsten Bedenken, daß darüber kein Beweis aufgelegt werden könne.

Gensler im Arch. für civ. Prax. I. S. 258.

2) Die Notorietät einer Begebenheit (Volkskundigkeit) ist allerdings nur etwas Relatives, sowohl in Ansehung der Zeit, als auch des Ortes; d. h. es kann ein Ereigniß vor mehreren Jahren notorisch gewesen seyn, welches es jetzt nicht mehr ist; und eben so kann Etwas an einem Orte als notorisch gelten, was vielleicht an einem anderen

Orte unbekannt ist. Allein dieser Umstand hebt den Begriff des Notorischen keineswegs auf, und hindert auch die Anwendung der oben aufgestellten Regel nicht, da der Richter mit Rücksicht auf bestimmte Zeit und Ortsverhältnisse doch immer wird ermessen können, ob etwas als notorium anzusehen sey oder nicht.

3) Was aber die Gerichtskundigkeit betrifft (welche von der Volkskundigkeit getrennt werden soll), so ist es zwar richtig, daß eine Behauptung keines Beweises mehr bedarf, von deren Wahrheit sich der Richter schon in diesem Processe auf legale Art überzeugt hat. — Daß aber alle gerichtlichen, und eben deßhalb dem Richter aus eigener Wissenschaft bekannten Vorgänge, — gleichviel, ob sie in diesem oder in einem anderen Rechtsstreite, oder selbst außer dem Kreise der streitigen Gerichtsbarkeit stattgefunden haben; — ob sie in eigenen Verfügungen des Gerichts, oder in Handlungen anderer Personen bestehen, — wenn sie nur protokollarisch aufgezeichnet sind, — als gerichtskundig zu betrachten und daher nicht zum Gegenstande einer Beweisauflage zu machen seyen,

Wetzell, Syst. S. 117 lit. b.

scheint doch in mehr als einer Hinsicht bedenklich zu seyn. Denn — auch abgesehen davon, daß sich die vollständige Wirkung eines — in einem bestimmten einzelnen Rechtsstreite geführten Beweises (z. B. durch Zeugen, Urkunden, und selbst durch den Augenschein) nur auf diesen Rechtsstreit allein beschränkt, kann man doch dem Richter unmöglich zumuthen, daß er sich von selbst an alle Vorgänge erinnern soll, welche ihm bei der Ausübung der verschiedenen Arten der Gerichtsbarkeit irgend einmal amtlich bekannt geworden sind. Erinnert er sich aber eines solchen von einer Partei behaupteten und von ihrem Gegner widersprochenen Vorganges nicht, so bleibt ihm

doch nichts anderes übrig, als den Beweis darüber aufzulegen, und wenn sodann der Behauptende sich auf das betreffende Gerichtsprotokoll, oder auf die einschlagenden Acten beruft, so liegt darin ein Beweisantritt durch Urkunden. Sollte sich aber der Richter des Vorganges erinnern, oder von dem behauptenden Theile schon gleich Anfangs auf die Gerichtskundigkeit der von ihm behaupteten Thatsache aufmerksam gemacht worden seyn, so würde doch auch in diesem Falle nicht ohne Weiteres das Endurtheil zu fällen, sondern theils aus Rücksicht auf den Grundsatz der s. g. Parteiöffentlichkeit (s. oben S. 42), theils wegen der auch hier nicht ausgeschlossenen Möglichkeit eines Gegenbeweises dem Gegner vorher noch Gelegenheit zu geben seyn, von den betreffenden Acten oder Protokollen Einsicht zu nehmen.

Heffter in den Zusätzen zu Webers Verbindlichkeit S. 199.

Nur die Existenz des gemeinen Rechtes und der förmlich promulgirten Landesgesetze und Verordnungen ist in der Art gerichtskundig, daß jede weitere Beweis- oder Gegenbeweisführung darüber als unstatthaft erscheint (s. oben S. 682); und Dasselbe kann auch noch gerechtfertigt werden in Beziehung auf gerichtliche Verfügungen, welche zugleich öffentlich bekannt gemacht worden sind, z. B. Concursproclame, Prodigalitätserklärungen u. dgl., weil in Fällen dieser Art der Vorgang auch als notorisch zu betrachten ist.

Vgl. über die Gerichtskund. noch:

Borst, über Beweislast. Stuttg. 1835. §. 13.

Reinhardt, Handb. des Proc. I. S. 310 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 209.

Welcher Partei ist der Beweis aufzuerlegen?

§. 227.

Als Antwort auf diese Frage kann man begreiflich nicht etwa die Bezeichnung einer Partei erwarten, welche, als solche, ausschließend dazu verpflichtet wäre, alle in dem Rechtsstreite erforderlichen Beweise zu liefern. Denn unter Umständen kann jede Partei, der Beklagte sowohl als der Kläger, zur Beweisführung verbunden seyn. Die Antwort auf obige Frage muß vielmehr den Verpflichtungsgrund enthalten, — welcher, je nachdem er in der einen oder andern Partei zutrifft, bald dieser, bald jener primitiv oder eventuell die Last des Beweises aufbürdet. Die Meinungen über diesen Verpflichtungsgrund waren aber von jeher verschieden. Schon das Röm. Recht drückt sich darüber nicht überall auf gleichförmige Weise aus, indem es bald die Regel aufstellt: „Necessitas probandi incumbit ei, qui agit,"

Fr. 21. D. 22. 3.
§. 4. I. 2. 20.
c. 8. 20. C. 4. 19.
c. un. C. 4. 4.

welche eventuell auch auf den Beklagten hinsichtlich seiner exceptiones angewandt wird;

c. 19. C. 4. 19.
c. 9. C. 8. 36.
Fr. 19. pr. Fr. 35. §. 2. in fin. D. 22. 3.

bald den Satz aufnimmt: „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat";

Fr. 2. D. 22. 3.
c. 23. C. 4. 19.

bald endlich auch einzelne Entscheidungen über die Beweis-

last durch die Rücksicht motivirt, daß eine Partei die Präsumtion gegen sich habe, z. B. in

Fr. 25. D. 22. 3.

Diese verschiedenen Andeutungen im Röm. Rechte sind nachmals in der Doctrin in eigene Systeme ausgewachsen, welche bis in die neueste Zeit ihre Vertreter gefunden haben.

Vgl. darüber: Bethmann-Hollweg, Versuche S. 323—331.

Erwägt man jedoch, daß die erste der eben angeführten Regeln im Röm. Rechte am öftesten wiederholt wird, und daß von derselben die zahlreichsten Anwendungen gemacht werden, so darf man wohl ohne Anstand annehmen, daß dieselbe als der vorherrschend leitende Grundsatz anerkannt war.

Die zweite Regel (ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat) steht ohnehin, richtig verstanden, mit jener ersten keineswegs im Widerspruche, sondern ist nur der allgemeinere Ausdruck desselben Gedankens, welcher in der ersten Regel mit besonderer Beziehung auf den Civilproceß ausgesprochen wird.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 337 flg.

Joh. Friedr. C. Göschen, Vorles. über das gem. Civilrecht. Götting. 1838. I. Bd. S. 491. Nr. 2.

Man wird daher auch jetzt noch die richterliche Feststellung und Vertheilung der Beweislast in vorkommenden Fällen nach folgenden Regeln zu bestimmen haben:

1) Wer als Kläger ein bestimmtes Recht gerichtlich geltend machen will, muß (wenn es noch nöthig ist) diejenigen Thatsachen beweisen, ohne welche jenes Recht überhaupt gar nicht vorhanden seyn könnte.

2) Was den Beklagten betrifft, so kommt es darauf an, ob er sich bloß durch das Negiren jener das Klage-

recht unmittelbar bedingenden Thatsachen zu vertheidigen sucht, oder durch selbständige Behauptungen, durch welche entweder das Klagerecht in seinem Entstehen verhindert, oder das bereits entstandene wieder aufgehoben werden konnte. In dem ersten Falle ist der Beklagte zum Beweise nicht verpflichtet, d. h. es steht ihm zwar frei, die Unwahrheit der widersprochenen Behauptungen zu beweisen (Recht des directen Gegenbeweises), allein er ist nicht primitiv dazu verbunden, sondern die primitive Beweislast fällt hier auf den Kläger, und wenn ihr dieser nicht genügen kann, so schadet dem Beklagten die Unterlassung des Gegenbeweises nicht (actore non probante reus absolvitur).

c. 4. C. 2. 1.
c. 2. C. 4. 19.
c. 28. C. 3. 32.

In dem zweiten Falle hingegen tritt gewissermaßen der Beklagte in die Rolle eines Klägers ein (in exceptionibus reum partibus actoris fungi oportet);

Fr. 19. pr. D. 22. 3.

es ist daher an ihm, die verhindernde oder aufhebende Thatsache zu beweisen. Mißlingt ihm dieser Beweis, so wird er sachfällig. Nur wird auch hier, wie im ersten Falle vorausgesetzt, daß der Beweis der Klage geliefert wurde, indem sonst gleichfalls die Regel eingreift: actore non probante etc.

3) Was so eben von der Beweislast des Beklagten hinsichtlich seiner ersten Vertheidigung gegen die Klage bemerkt wurde, dasselbe gilt auch von der Beweislast des Klägers in Ansehung seiner Repliken, des Beklagten in Ansehung seiner Dupliken u. s. f.

4) Wenn nach den bisher aufgestellten Regeln in einem gegebenen Falle beide Parteien als zum Beweise

verpflichtet erscheinen, was allerdings möglich ist und bei jeder Partei sogar in mehrfacher Beziehung zutreffen kann, — so muß auch eine zusammengesetzte Beweisauflage erfolgen, wobei jedoch das Eventualverhältniß zu beachten ist, in welchem die Nothwendigkeit des Beweises der Einreden zu dem Beweise der Klage, — der Repliken zu dem der Einreden u. s. w. steht.

Die Reduction dieser einzelnen, auf jede Partei und ihr mögliches Vorbringen berechneten Regeln auf irgend ein allgemeines, für beide Theile gleichmäßig entscheidendes Princip hat allerdings große Schwierigkeit, wenn man noch immer den strengen Römischen Begriff von exceptio, replica u. s. w. festhalten will, weil sich unter dieser Voraussetzung in Bezug auf Das, was dem Beklagten zu beweisen obliegt, kein vollkommen adäquater Collectivausdruck findet läßt.

S. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 335.

Allein, wenn man unter Einreden überhaupt solche Behauptungen des Beklagten versteht, welche das, obgleich seinen wesentlichen Bedingungen nach fundirte Klagerecht als verhindert oder wiederaufgehoben darstellen; — und wenn man ferner die Analogie der Röm. exceptio und actio auf die Einreden in jenem neueren Sinne überträgt, — wie dieß in der Praxis allenthalben und schon längst geschieht; — so läßt sich das Princip der Beweislast allerdings so ausdrücken:

„Jede Partei, welche einen selbständigen Angriff (Klage, Widerklage u. dergl.), oder Gegenangriff (Einrede, Replik, Duplik u. s. w.) macht, ist verpflichtet, diejenigen noch zweifelhaften Thatsachen zu beweisen, welche zunächst und wesentlich zur Begründung dieses Angriffes u. s. w. nothwendig sind."

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) §. 182.
Weber, über die Verbindl. zur Beweisf. S. 154.
Dagegen:
Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 335;
worüber aber zu vergleichen ist:
Linde in seiner Zeitschr. Bd. I. S. 148 flg.

Dieser Grundsatz bedarf indessen allerdings noch einer näheren Bestimmung:

I. Der angreifende Theil ist nur schuldig diejenigen Thatsachen zu beweisen, welche ursprünglich zur Entstehung seines Rechtes nothwendig waren. Daß aber das einmal entstandene Recht bis jetzt fortgedauert habe, braucht er nicht darzuthun, sondern der Beweis einer späteren Wiederaufhebung fällt dem Angegriffenen zur Last, wenn er sich darauf beruft. Da die Behauptung einer solchen Wiederaufhebung im Sinne des deutschen Processes eine Einrede ist, so folgt dieser Satz schon aus der allgemeinen Regel. Er ist aber auch im Röm. Rechte anerkannt, wiewohl für eine solche Vertheidigung der Ausdruck exceptio nicht gebraucht wurde, wenigstens dann nicht, wenn die Wiederaufhebung ipso jure geschehen war.

c. 1. C. 4. 19.
Fr. 12. D. 22. 3.
Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 346.

II. Selbst die factischen Bedingungen der ursprünglichen Entstehung des in Frage stehenden Rechtes ist der angreifende Theil nicht ohne Unterschied zu beweisen verpflichtet, sondern es genügt, wenn er nur so viel darthut, als nothwendig ist, um sagen zu können, daß das Rechtsverhältniß seinem wesentlichen Begriffe nach vorhanden sey. Was hiezu erfordert werde, läßt sich aber freilich im Allgemeinen schlechterdings nicht bestimmen,

sondern muß nach den gesetzlichen Vorschriften über die einzelnen Rechtsverhältnisse selbst beurtheilt werden, und diese Vorschriften sind allerdings nicht immer so bestimmt und deutlich, daß eine Meinungsverschiedenheit über die wesentlichen Bedingungen des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses gar nicht Raum finden könnte. Daher werden auch immer, selbst unter Solchen, welche in den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast vollkommen übereinstimmen, doch in vielen einzelnen Fällen abweichende Ansichten über die Beweisauflage vorkommen.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 349 u. S. 352.

Einige Anhaltspunkte sind indessen hiebei allerdings dem Richter schon durch die Gesetze gegeben; nämlich:

1) Zur gültigen Erwerbung von Rechten ist zwar auch die persönliche Dispositionsfähigkeit der Betheiligten nothwendig. Allein dessen ungeachtet braucht Der, welcher aus irgend einem Geschäfte ein Recht für sich ableitet, nicht zu beweisen, daß jene Fähigkeit wirklich vorhanden war, sondern es muß vielmehr der Gegner den Mangel derselben darthun, wenn er das Geschäft aus diesem Grunde anficht.

Fr. 5. pr. D. 22. 3.

c. 5. C. 6. 36.

Collmann, Grundlin. einer Theorie des Beweises §. 22.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 353. Nr. 1.

2) Auch von der gehörigen Beschaffenheit der Willensbestimmung und von der Ernstlichkeit der Intention hängt die Gültigkeit und der wirksame Erfolg eines Rechtsgeschäftes ab; es darf nicht Zwang, Irrthum, Betrug, Simulation oder Scherz zu Grunde liegen. Aber auch das Nichtdaseyn dieser Hindernisse braucht von Dem nicht erwiesen zu werden, welcher einen Anspruch aus

irgend einem Geschäfte ableitet, sondern, wenn der Gegner ein solches Hinderniß behauptet und um deßwillen das Geschäft nicht gelten lassen will, so muß er das Daseyn desselben beweisen.

Fr. 14. §. 3. D. 4. 2.

Fr. 25. in f. pr. D. 22. 3.

Fr. 18. §. 1. D. eod.

Collmann a. a. O. §. 18 u. 19.

Wenn hingegen

3) die active oder passive Legitimation zu dem Rechte, welches Jemand gerichtlich verfolgt, bezweifelt oder in Abrede gestellt wird, so muß allerdings der Angreifende selbst den deßhalb nöthigen Beweis liefern.

arg. Fr. 16. D. 44. 1.

c. 1. C. 3. 8.

Ebenso liegt

4) Dem, welcher aus einem Geschäfte ein Recht ableitet, welches an besondere, durch das Gesetz für nothwendig erklärte Formen gebunden ist, der Beweis ob, daß bei der Eingehung dieses Geschäfts die gesetzlichen Formen beobachtet worden seyen, insofern die Beobachtung von dem Gegner widersprochen wird.

arg. Fr. 13. §. 2. D. 6. 2.

Inzwischen wird allerdings die Führung dieses Beweises nicht selten durch eintretende Rechtsvermuthungen erleichtert.

§. 8. J. 3. 21. und Fr. 30. D 45. 1.

§. 17. J. 3. 20.

Fr. 5. §. 1. D. 22. 3.

Stützt sich übrigens ein gerichtlicher Angriff selbst auf die Behauptung, daß bei einem Geschäfte die nöthigen Formen nicht beobachtet worden seyen, so hat im Falle

des Widerspruches der angreifende Theil diesen Mangel darzuthun.

Weber a. a. O. S. 278—287.

5) Wird die Identität des Gegenstandes der Klage, oder der Umfang, oder die Art der geforderten Leistung von dem Beklagten ganz oder theilweise widersprochen, so muß der Kläger den Beweis seiner Behauptung in jeder dieser Beziehungen übernehmen.

III. In Ansehung derjenigen Umstände, worüber dem Gesagten zufolge einer Partei der Beweis obliegt, kommt übrigens darauf nichts an, ob sie dieselben selbst ausdrücklich angeführt, oder in ihren Vorträgen mit Stillschweigen übergangen, und dadurch die Gegenpartei genöthigt hat, zuerst davon Erwähnung zu machen, um sie widersprechen zu können. Auch in diesem letzten Falle trifft die Beweislast den angreifenden Theil; mit andern Worten, der Kläger muß die zur Entstehung seines Rechts erforderlichen Thatsachen beweisen, er mag sie nun selbst angeführt haben, oder sie mögen erst von dem Gegner in Anregung gebracht worden seyn.

v. Gönner II. 34. §. 2.

Auch ist es

IV. gleichgültig ob die Behauptungen, auf welche ein Angriff gegründet wird, bejahend oder verneinend sind.

S. oben S. 685 flg.

V. Von dem allgemeinen Grundsatze in Ansehung der Beweislast ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Gesetze selbst es verordnen, was zwar nicht oft, aber doch zuweilen der Fall ist, z. B.

Fr. 25. pr. §. 1. 4. D. 22. 3.

Ueber die ganze Lehre von der Beweislast sind außer den bereits Angeführten noch zu vergleichen:

Bern. Specht, De insufficientia probandi regul. etc. Hal. 1787.

B. J. C. Petri, über Beweislast. Gött. 1806.

Nep. Borst, über die Beweislast im Civilproceß. Bamberg u. Leipz. 1816 (auch Stuttg. 1835).

Gensler im Arch. I. S. 264 flg.

Ueber den Beweis der culpa u. des casus insbesondere:

Mühlenbruch, Grundr. S. 158 und 159.

Reinhardt, Handb. des Proc. I. §. 158.

S. noch die oben S. 686 angeführten Schriftsteller.

Von dem sogenannten qualificirten Geständnisse.

§. 228.

In den Gesetzen selbst kommt von einer Unterscheidung zwischen einem reinen und qualificirten Geständnisse nichts vor. Auch die Glosse hat diese Eintheilung des Geständnisses nicht statuirt, wohl aber zur Einführung derselben in die Doctrin Veranlassung gegeben. In den Erläuterungen der c. 9. C. 8. 36. ist nämlich beiläufig der Fall angeführt, daß sich der Kläger auf ein Versprechen des Beklagten berufen, dieser aber erwidert hatte, er habe zwar das Versprechen gegeben, aber nur unter einer Bedingung; — und dabei wird nun die Frage gestellt, „an reus videatur confessus pure, nisi probet conditionem; — an contra videatur negasse, nisi actor probet puritatem, vel conditionem extitisse.“ — Die Fassung dieser Frage beweist offenbar, daß die Glossatoren keineswegs die Absicht hatten, zweierlei Arten des Geständnisses aufzustellen, sondern daß sie vielmehr daran zweifelten, ob eine solche Antwort

des Beklagten als ein Geständniß, oder umgekehrt als eine Negation zu betrachten sey.

Vgl. A. W. S. Francke, Versuch über das qual. Geständn. Kiel 1832. S. 11 flg.

Weil aber in der Frage der Ausdruck vorkommt: „confessus *pure*", so schuf die Doctrin einen Gegensatz dazu, welchen man anfänglich, mit Festhaltung des in der Glosse erwähnten singulären Falles, mit dem Ausdrucke „confessio *conditionalis*" bezeichnete. Der Zweifel, welchen die Glossatoren in diesem Falle geäußert hatten, konnte aber, — wie man bald gewahr wurde, — auch in anderen Fällen entstehen, in welchen der Beklagte das Einräumen der klägerischen Behauptung durch andere Zusätze oder Modificationen beschränkt hatte, als durch die Behauptung einer verabredeten Suspensivbedingung. Jetzt schien also der Ausdruck „confessio *conditionalis*" zu enge zu seyn, und man wählte dafür den Ausdruck „confessio *qualificata*", den man im Gegensatze zur confessio *pura* in allen Fällen gebrauchte, und noch jetzt gebraucht, in welchem dem Geständnisse irgend ein Zusatz oder eine Beschränkung beigefügt ist. Die von den Glossatoren angeregte praktische Frage bezüglich der Beweislast wurde aber ungeachtet der Erweiterung des Gebietes ihrer Anwendung immer noch unverändert fortgeführt, obgleich die Lösung derselben in den meisten Fällen, welche jetzt auch in dieses Gebiet hereingezogen waren, nicht der geringsten Schwierigkeit mehr unterlag. Die Frage stellt sich nämlich jetzt einfach so: „Wenn der Beklagte die Behauptungen des Klägers (oder überhaupt eine Partei die Behauptungen ihres Gegners) zwar zugibt, aber nur unter gewissen Einschränkungen, oder mit gewissen Zusätzen; — muß dann der Kläger, ungeachtet des Geständnisses, seine Behauptung

doch beweisen, oder liegt dem Beklagten ob, die Einschränkung oder den Zusatz zu beweisen?"

Die älteren Rechtslehrer machten die Entscheidung dieser Frage davon abhängig, ob das qualificirte Geständniß capita connexa enthalte oder nicht. In dem ersten Falle hielten sie eine Trennung des Zusatzes von dem Geständnisse für unstatthaft, d. h. der Behauptende mußte entweder den Zusatz mit dem Geständnisse annehmen, oder, wenn er dieß nicht wollte, seine Behauptung ungeachtet des Geständnisses doch beweisen. In dem zweiten Falle hingegen konnte der Asserent das Geständniß allein benützen, den Zusatz aber widersprechen, und dadurch die Beweislast auf den Antwortenden hinüberwälzen.

Lauterbach, de confess. §. 54 sq.

de Graffen, de conf. qualif. Götting. 1769.

Da man es aber nicht zu einer klaren und sicheren Bestimmung darüber bringen konnte, in welchem Falle die capita eines qualificirten Geständnisses als connexa zu betrachten seyen,

Vergl. z. B. noch Gesterding, Nachforsch. II. S. 129—159,

so hat die neuere Doctrin die Lösung dieser Frage auf einem anderen Wege versucht. Die vorherrschende Ansicht der Neueren besteht nämlich im Wesentlichen darin, daß man demjenigen Theile der Antwort, welcher wirklich das Zugeständniß irgend einer Thatsache enthält, die Wirkung eines unumwundenen Geständnisses einräumt; hinsichtlich des Zusatzes oder der Beschränkung aber lehrt, daß man zunächst die Relevanz derselben zu untersuchen, und dann zu prüfen habe, ob der Zusatz eine Einrede, oder eine (directe oder indirecte, gänzliche oder theilweise) Verneinung enthalte. Auf das Resultat dieser Prüfung

seyen sodann in jedem einzelnen Falle die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast anzuwenden.

v. Linde, Lehrbuch §. 256. (7te Aufl.) und Dessen Abh. I. S. 88 flg.

Schmid, Handb. II. S. 222 flg.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht der neueren Proceßlehrer ist auch im Allgemeinen nichts zu erinnern. Denn, wenn der Zusatz anders relevant ist, so wird er sich immer entweder in eine Einrede, oder in eine ausdrückliche oder versteckte, — eine allgemeine oder partielle Verneinung auflösen lassen; und da die Gesetze wegen der zufälligen äußeren Verbindung dieser Erwiderungen mit einem Geständnisse keine besonderen, abweichenden Vorschriften über die Beweislast enthalten, so bleibt nichts anderes übrig, als die gewöhnlichen Vorschriften hierüber auch auf Fälle dieser Art anzuwenden. Nur darf man nicht etwa glauben, daß in Folge dieser Analyse für den Afferenten immer noch ein für den gegenwärtigen Rechtsstreit brauchbares Geständniß übrig bleiben müsse, indem zuweilen der Zusatz dem Geständnisse alle Wirksamkeit benimmt.

Auch ist die Anwendung der neueren Theorie in den meisten Fällen keiner besonderen Schwierigkeit unterworfen. Besteht nämlich a) die Abweichung des Confitenten von den Behauptungen des Klägers bloß darin, daß er das in Frage stehende Rechtsverhältniß in activer oder passiver Beziehung anderen Personen zuschreibt, so liegt darin ein Widerspruch der s. g. legitimatio ad causam, welche nach bekannten Grundsätzen der Kläger durch geeigneten Beweis herzustellen verpflichtet ist. Betrifft b) die Abweichung das Object der Klage, oder die Größe der von dem Kläger geforderten Summe, so hat wieder der Kläger den Beweis zu liefern, weil ihm nach den

allgemeinen Grundsätzen nicht bloß obliegt, die Entstehung des von ihm prätendirten Rechtes, sondern auch den Umfang, oder die Beziehung desselben gerade auf das von ihm in Anspruch genommene Object zu beweisen. Bezieht sich endlich c) die Abweichung auf solche Thatsachen, welche mit der Entstehung oder mit der Wirksamkeit des von dem Kläger behaupteten Rechtes zusammenhängen, so kann man sich die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Beweislast dadurch erleichtern, daß man untersucht, ob, — wenn auch der abweichende Zusatz wahr wäre, — das von dem Kläger behauptete Rechtsverhältniß doch perfect und klagbar werden konnte, oder nicht. In dem ersten Falle ist der Kläger von der Beweislast frei. Denn der Kläger ist nicht schuldig, mehr zu beweisen, als die thatsächlichen Momente, welche zunächst zur Perfection des von ihm angeführten Geschäftes oder der von ihm erhobenen Klage nothwendig sind; diese Momente werden aber hier als zugestanden vorausgesetzt. Der abweichende Zusatz muß also entweder irrelevant seyn, und dann ist gar kein Beweis darüber aufzulegen; oder er muß eine Einrede enthalten, und dann liegt dem Beklagten die Beweislast ob. — Konnte aber, wenn der dem Geständnisse beigefügte Zusatz als wahr angenommen wird, das von dem Kläger behauptete Geschäft nicht perfect und klagbar werden, oder war das Geschäft unter dieser Voraussetzung ein ganz anderes, als welches der Kläger behauptet hatte, dann hat der Kläger ungeachtet des Geständnisses doch den Beweis zu übernehmen. — Denn wenn der Beklagte ein ganz anderes Geschäft behauptet (z. B. Schenkung anstatt Darlehen), so ist dieses ebensoviel, als wenn er das von dem Kläger behauptete einfach widersprochen hätte. Das s. g. qualificirte Geständniß ist hier vielmehr eine maskirte

Negation. Substituirt aber der Beklagte kein änderes Geschäft, sondern stellt er nur einzelne Requisite der Perfection des von dem Kläger behaupteten in Abrede, so muß der Kläger wenigstens das Daseyn dieser widersprochenen Requisite beweisen. Nicht selten hängen übrigens auch in diesem Fall die widersprochenen Momente mit den zugestandenen so genau zusammen, daß man die ersteren isolirt gar nicht beweisen kann, so daß der Kläger in der That auch hier keinen erheblichen Vortheil aus dem Geständnisse zieht.

Am meisten Schwierigkeit macht hiebei die Beurtheilung des Falles, wenn der Beklagte zwar das von dem Kläger behauptete Geschäft an sich nicht bestreitet, aber zugleich bemerkt, daß dasselbe unter gewissen Modalitäten (z. B. sub die oder sub conditione) abgeschlossen worden sey, von welchen der Kläger keine Meldung gemacht hatte.

Die Verschiedenheit der Ansichten hierüber kann auch durch die neuere Theorie über die Beweislast im Fall eines qualificirten Geständnisses nicht ausgeglichen werden, indem Einige in dem modificirenden Zusatz eine Einrede, z. B.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 354. Nr. 2.

v. Helmolt, Verhältniß der Except. u. s. w. (unter Bezug auf die C. G. O. von 1507. V. §. 4.) S. 322.

Andere hingegen z. B.

Weber, Verbindl. S. 328,

vielmehr eine indirecte Verneinung erblicken, und daher auch bei übereinstimmender Anerkennung der neueren Theorie doch zu einem entgegengesetzten Resultat gelangen.

Auch in diesem Fall scheint übrigens die oben aufgestellte Regel die sicherste Richtschnur der Entscheidung

an die Hand zu geben. Wäre nämlich das in Frage stehende Geschäft gar nicht zur Perfection gekommen, wenn man die dem Geständnisse beigefügte Modification als wahr voraussetzt, so trifft die Beweislast den Kläger. Im entgegengesetzten Falle aber trifft sie den Beklagten. Behauptet also z. B. der Beklagte, daß das Geschäft sub die certo oder mit einer Resolutivbedingung abgeschlossen worden, der dies aber noch nicht eingetreten, oder die Resolutivbedingung eingetreten sey, so hat der Beklagte den Beweis zu übernehmen, weil der dies und die Resolutivbedingung die Perfection des Geschäftes nicht hindern. — Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn sich der Beklagte auf eine Suspensivbedingung beruft, welche aber erst später, nach dem Abschlusse des Hauptgeschäftes, verabredet worden seyn soll, weil auch in diesem Fall das Geschäft wirklich schon einmal perfect war, und nur hinterher wieder durch eine neue Verabredung in Frage gestellt wurde. Wenn aber der Beklagte behauptet, daß schon ursprünglich nur unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden sey, dann hat der Kläger den Beweis zu führen. Denn so lange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, erscheint auch der Vertrag nicht als perfect, und der Beklagte könnte ohne Verletzung seines Gewissens den von dem Kläger behaupteten Vertrag auch ganz einfach ohne weiteren Beisatz widersprechen, in welchem Falle Niemand daran zweifeln würde, daß die Beweislast auf den Kläger fiele. — Die Frage aber, — was der Kläger in diesem Falle zu beweisen habe, ob überhaupt nur das Geschäft, wie er dasselbe behauptet hatte, oder insbesondere die Unbedingtheit (puritas negotii), muß nach dem hier angenommenen Standpunkte consequent dahin entschieden werden, daß der Kläger überhaupt nur das Geschäft, wie er es behauptet, zu beweisen habe. Denn, wenn das Vorschützen einer Suspensivbe-

bingung nur eine verhüllte Negation ist, so gehört der Beweis der Bedingung in das Gebiet des directen Gegenbeweises. Einen directen Gegenbeweis ist aber der Kläger nicht schuldig zu widerlegen, ehe derselbe noch angetreten wurde.

Was die Literatur über das qualificirte Geständniß im Allgemeinen betrifft, so sind außer den bisher angeführten Schriften vorzugsweise noch folgende zu bemerken:

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. Tit. 18. §. 2 u. 3.
v. Gönner, Hdb. II. S. 391.
H. E. Bornemann, über die conf. qual. 1806.
Sibeth, Skizze einer neuen Theor. S. 47 flg.
Gensler im Arch. f. civ. Prax. I. S. 45.
Sommer ebendas. IV. S. 23.
C. Schütz, de conf. qual. Tubing. 1826.
Mühlenbruch, Grundr. S. 163.
Brackenhöft im Archiv für civ. Prax. Bd. XXII. S. 126 flg. und S. 212 flg. (wohl die erschöpfendste, mit ebensoviel Scharfsinn, als Gewissenhaftigkeit durchgeführte Abhandlung über diesen Gegenstand).
Kierulff, Theorie des gem. Civilr. S. 294 flg.
Wetzell, Syst. I. S. 107 flg.
Bolgiano in der Zeitschr. von Linde. Bd. XVI. S. 71 flg.
Dr. K. M. Pöschmann über die Natur der s. g. qual. Geständn. Leipzig 1863.

Ueber die Frage, wer in dem Fall einer von dem Beklagten behaupteten Suspensivbedingung zum Beweis verpflichtet sey, s. insbesondere:

Götting in der Zeitschrift von Linde und Marezoll. N. F. Bd. III. Heft 2. S. 165 u. flg. gegen Haenel in derselben Zeitschr. Bd. I. Nr. 7.

Ueber die Untheilbarkeit des Geständnisses nach französischem Rechte (Cod. civ. Art. 1356):

Mittermaier im Archiv für civil. Prax. Bd. XVI. S. 84 flg.

A. W. S. Francke, Vers. über das qual. Geständn. Kiel 1832.

C. A. zum Bach, das Geständn. vor dem Civilger. in seiner Unzertrennlichkeit. Köln 1845.

Das französische System ist vertheidigt in einer 1863 in Mannheim erschienenen Abhandlung unter dem Titel: Die Untheilbarkeit des Geständnisses im Civilprocesse.

Wenn die einzelnen schwierigen Fälle (zu welchen vorzugsweise der schon von den Glossatoren angeregte Fall zu zählen ist) bei der Entwicklung der allgemeinen Grundsätze über die Beweislast erörtert würden, so könnte nicht nur die ganze Lehre von dem sogenannten qualificirten Geständnisse entbehrt, sondern auch manche Wiederholung, und damit zugleich der verwirrende Einfluß vermieden werden, welche die selbständige Behandlung dieser Lehre bisher verursacht hat. — Wetzell in s. System hat bereits auf diese Bahn eingelenkt.

III. Wie ist der Beweissatz zu fassen?

§. 229.

Da das Beweisinterlocut hauptsächlich den Zweck hat, Mißgriffe in der Wahl des Beweisthema zu verhindern, so ist die bei einigen, namentlich sächsischen Gerichten herrschende Gewohnheit nicht zu billigen, nach welcher man den Beweis nur in ganz allgemeinen Formeln aufzulegen pflegt, z. B. „Kläger habe den Grund seiner Klage und was davon verneint worden darzuthun."

Weber, über die Verb. zur Bew. S. 32 flg.

Aber auch der Vorschlag, den Beweissatz nur auf das Daseyn des von der Partei behaupteten Rechtes, oder der streitigen Verbindlichkeit u. dgl. im Allgemeinen zu beschränken,

v. Gönner, Hdb. II. 38.

dürfte als Regel nicht zu empfehlen seyn, theils, weil auch bei dieser Form der Zweck des Beweisinterlocutes verfehlt, theils auch, weil dadurch zu unstatthaften Veränderungen des ursprünglich gewählten Klagegrundes u. s. w. Anlaß gegeben werden könnte.

Am meisten scheint die Ansicht Derjenigen für sich zu haben, welche verlangen, daß in dem Beweisinterlocute die einzelnen factischen und relevanten Behauptungen, welche noch bestritten sind, und von deren Wahrheit die Zuerkennung des darauf begründeten Anspruches zunächst abhängt, speciell ausgedrückt werden sollen.

v. Grolman §. 168.

Ueber die Art der Redaction und die Wahl der Worte lassen sich aber begreiflich keine strengen Rechtsregeln aufstellen, sondern hierüber entscheiden nur Rücksichten der Zweckmäßigkeit und Klugheit. Allzu große casuistische Aengstlichkeit ist hiebei ebensowenig zu billigen, als eine das wesentliche Detail unberührt lassende Allgemeinheit des Ausdruckes. Deutlichkeit, Bestimmtheit und Kürze sind die formellen Eigenschaften eines guten Beweisinterlocutes, wobei jedoch in materieller Hinsicht das Hauptaugenmerk immer darauf gerichtet bleiben muß, daß die den Parteien zustehenden Befugnisse weder über die durch die bisherige Actenlage vorgezeichnete Gränze erweitert, noch auch mehr, als diese Gränze es erheischt, beschränkt werden.

Planck, über das Beweisurtheil S. 274.

Ueber den praktischen Tact der Römischen Juristen bei

Abfassung der formula (welche immerhin einige Aehnlichkeit mit unserem Beweisinterlocute hatte) s. Keller, der Römische Civilproceß I. S. 155 unten flg.

Als instructive Bemerkungen über die Fassung des Beweisurtheils verdienen folgende hervorgehoben zu werden:

1) Läßt sich der Inbegriff des historischen Details durch einen technischen Ausdruck ganz bestimmt bezeichnen, und ist auch nicht zu besorgen, daß durch eine solche Bezeichnung Gelegenheit zur Verrückung des bisher festgehaltenen speciellen Klagegrundes gegeben werden möchte, so ist gegen eine solche Abkürzung nichts einzuwenden. — Auch kann

2) durch genaue Beziehung auf diejenigen Theile eines Parteivortrages, welche die zu beweisenden Behauptungen oder Sätze enthalten, deren Wiederholung im Interlocute vermieden werden.

Gensler im Arch. I. S. 353 flg.

3) Hat sich eine Partei schon im Laufe des ersten Verfahrens auf Thatsachen berufen, welche nicht als die unmittelbare Grundlage des zu verfolgenden Rechtes erscheinen, sondern nur einen Schluß auf die Wahrheit des unmittelbar begründenden Factums zulassen, m. a. W. hat eine Partei Vermuthungen für sich angeführt, so ist der Beweissatz nicht auf diese nur mittelbar relevanten Thatsachen (auf die Prämissen des Schlusses), sondern auf das den Anspruch direct begründende Factum zu richten. — Selbst bei Rechtsvermuthungen dürfte hievon keine Ausnahme zu machen seyn, wenn die Prämissen derselben widersprochen wurden. Nur dann wäre die Beschränkung des Beweissatzes auf die Prämisse allein zu rechtfertigen, wenn sich aus den bisherigen Vorträgen unzweideutig

ergäbe, daß die Parteien nur jene Prämisse allein, keineswegs aber den Satz, welcher in der Schlußfolgerung enthalten ist, in seiner Allgemeinheit, zum Gegenstande der Contestation und des Streites machen wollten.

Vgl. Bolgiano in der Zeitschr. von Linde, N. F. Bd. X. S. 268 flg.
Planck a. a. O. S. 279.

4) Hat der angreifende Theil seinen Anspruch durch mehrere Gründe unterstützt, von welchen jeder für sich allein schon hinreichend gewesen wäre, den Anspruch zu rechtfertigen, so muß zwar der Beweis über alle diese Gründe, aber nur alternativ aufgelegt werden.

Gensler a. a. O. S. 384.
Götz im Archiv für civ. Prax. Bd. VI. S. 163 flg.
Mühlenbruch, Grundr. S. 168. Nr. 2.

5) Insofern die Summe, der quantitative Betrag Dessen, was der Kläger in Anspruch nimmt, durch das Beweisverfahren eine Verminderung erleiden könnte, pflegt man sich in dieser Hinsicht solcher Ausdrücke zu bedienen, welche dem Richter für jeden möglichen Erfolg freien Spielraum übrig lassen.

Wenn, was allerdings vorkommen kann, beiden Theilen Beweis aufzulegen ist, z. B. dem Kläger in Ansehung der Klage, dem Beklagten in Ansehung einer peremtorischen Einrede, so sollen zwar nach der Eventualmaxime diese verschiedenartigen Beweise in der Regel in demselben Interlocute aufgelegt werden; allein diese fortschreitenden Beweisauflagen sind doch auf solche Art vorzutragen, daß dabei der Grundsatz: „actore non prob. reus absolvitur" nicht als verletzt erscheint.

Vgl. darüber Weber a. a. O. S. 305.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß bei der Auflage eines jeden selbständigen Beweises, z. B. der Klage, einer Einrede u. dgl., dem Gegner ausdrücklich der (directe) Gegenbeweis vorbehalten zu werden pflegt, und daß immer auch eine peremtorische Frist zur Antretung des Beweises in dem Interlocute bestimmt werden soll. Das Weitere hievon wird jedoch später vorkommen.

Von der rechtlichen Natur des Beweisinterlocuts.

§. 230.

Zum Schlusse der Lehre von dem Beweisinterlocute ist noch die Frage zu untersuchen, ob dieses Interlocut der Rechtskraft fähig ist oder nicht? Die Verschiedenheit der Ansichten über diese Frage ist besonders in der neuesten Zeit bestimmter und lebhafter hervorgetreten, als in irgend einer früheren, wozu ohne Zweifel der Umstand beigetragen hat, daß bei dem allgemein erwachten Streben nach einer Verbesserung des gerichtlichen Verfahrens in Deutschland dieser Gegenstand wegen seiner praktischen Folgen vorzüglich dazu geeignet war, die Aufmerksamkeit Derjenigen auf sich zu ziehen, welche sich zur Vorbereitung einer Reform auf diesem Gebiete berufen fühlten. Dieser Richtung ist es übrigens auch zuzuschreiben, daß sich die Vertreter der verschiedenen Ansichten bei der Vertheidigung derselben keineswegs auf die positiven Quellen des gemeinen Proceßrechtes beschränkten, sondern auch allgemeine Gründe der Zweckmäßigkeit mit hereinzogen; — ja zum Theil diesen Gründen selbst für das bestehende Recht ein entscheidendes Gewicht beilegten. Da es jedoch hier nicht darum zu thun ist, irgend

einen Vorschlag für eine künftige Gesetzgebung zu rechtfertigen, sondern nur nachzuweisen, welche Auffassung der Sache dem bisherigen Entwickelungsgange des Processes in Deutschland am meisten entspricht, so sind die bloß legislativen Gründe zunächst außer Betracht zu lassen.

Faßt man nun bloß die gesetzlichen Quellen des gemeinen deutschen Processes in das Auge, so muß allerdings zugegeben werden, daß diese keine Bestimmung enthalten, welche dem Beweisinterlocute die Fähigkeit zur Erlangung der Rechtskraft beilegte. Aus den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Zulässigkeit der Appellation folgt vielmehr, — wenn man von der oft nur sehr willkürlichen Auslegung derselben in der Doctrin und Praxis absieht, — daß die Appellation gegen eine Zwischenauflage des Richters, den Beweis betreffend, keineswegs sogleich nothwendig war, sondern auch noch bei der Berufung gegen das späterhin erfolgende Endurtheil nachgeholt werden konnte. Denn was insbesondere

1) den Römisch-Justinianischen Proceß betrifft, so ist zwar nicht zu läugnen, daß auch schon in diesem nicht selten interlocutiones vorkommen mußten, welche sich auf die Beweislast und den Beweissatz bezogen. Auch ist bekannt, daß der Richter in dieser Beziehung nicht willkürlich erkennen durfte, sondern sich an gesetzliche Grundsätze und Vorschriften halten mußte. Allein diese Zwischenbescheide trugen einmal durchaus nicht den Charakter unseres heutigen Beweisinterlocuts, d. h. sie bildeten nicht den regelmäßigen formellen Scheidepunkt zwischen bloßen „Behauptungen und Antworten" einerseits, und „Beweisen und Gegenbeweisen" andererseits, da eine solche Absonderung dem Röm. Verfahren gänzlich fremd war; — und dann gestattete das Röm. Recht in der Regel die Appellation nur gegen das Endurtheil, nicht auch gegen bloße Zwischenverfügungen,

so daß von einer Rechtskraft jener interlocutiones in keinem Falle die Rede seyn konnte.

2) Ebensowenig findet sich in dem canonischen Rechte eine Bestimmung, aus welcher man auf die Fähigkeit solcher Interlocute zur Erlangung der Rechtskraft schließen könnte. Zwar gestattete das canonische Recht, abweichend von dem Römischen, die Appellation auch gegen Zwischenbescheide, jedoch nicht in der Art, daß man in jedem Fall, in welchem man sich durch einen solchen Bescheid beschwert glaubte, auch sofort hätte appelliren müssen. Nur erlaubt war eine Berufung dieser Art; wenn aber eine Partei dieselbe unterlassen hatte, so stand es ihr doch immer noch frei, ihre Beschwerde in der Appellation gegen das Endurtheil nachzuholen. Für nothwendig wurde die Zwischenappellation nur in solchen Fällen erklärt, in welchen die interlocutoria der Hauptsache selbst nicht präjudicirte, was jedoch von einem Beweisinterlocute nicht gesagt werden kann.

c. 12. in 6to 2. 15.

Uebrigens waren Beweisinterlocute in ihrer jetzigen formellen Bedeutung dem canonischen Processe eben so fremd, wie dem Römischen. Dieselbe Bemerkung gilt

3) auch von dem kammergerichtlichen Processe. So lange noch das articulirte Verfahren bestand, war nämlich dem Gerichte keine Veranlassung gegeben, sich primitiv über die Beweislast und den Beweissatz in einem eigenen Decret auszusprechen, weil jede Partei durch die Vorlage der Artikel sowohl die Beweislast selbst übernahm, als auch den Gegenstand ihrer Beweisführung selbst bestimmte. Die Thätigkeit des Gerichts war hiebei nur eine nachfolgende mehr negative und formelle; und beschränkte sich darauf, die vorgelegten Artikel zu prüfen, die offenbar

irrelevanten zu verwerfen (zweifelhafte Artikel wurden salvo jure impertinentium et non admittendorum zugelassen), zur Beweisung der relevanten Artikel aber eine Frist zu bestimmen.

C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 26. §. 1. — Tit. 29. §. 1. — Tit. 43. §. 4. — Tit. 16. §. 3.

Der Ausspruch über die Zulässigkeit der Artikel wird zwar in den Reichsgesetzen auch „Erkenntniß" genannt;

C. G. O. a. a. O. Tit. 43. §. 4.

allein eine bindende Kraft wurde demselben für den Richter nicht beigelegt.

Gail. Obs. I. Obs. 81 u. Obs. 107. nro. 5.

Die Aufhebung des articulirten Verfahrens wäre nun zwar eine sehr naheliegende Veranlassung dazu gewesen, dem Richter in Beziehung auf die Bestimmung der Beweislast und des Beweissatzes eine selbständige Stellung einzuräumen. Der J. R. A. von 1654, welcher jene Aufhebung bewirkte, ging jedoch nicht so weit, sondern überließ es, wie bisher, den Parteien, entweder den Beweis, (insbesondere den Urkundenbeweis) sogleich mit dem Vortrag ihrer Behauptungen zu verbinden, oder nach erfolgter Verneinung der letzteren von Seite des Gegners den Beweis anzutreten. Dabei wurde den Parteien, wenn sie ihre Behauptungen durch lebendige Kundschaft (Zeugen) zu beweisen gesonnen waren, ausdrücklich gestattet, zum Behuf des Zeugenverhörs Probatorialartikel zu übergeben.

J. R. A. §. 35, 39, 41, 45, 47, 48 u. 49.

Die Thätigkeit blieb also auch jetzt noch nur auf die Zurückweisung unnöthiger und irrelevanter Beweisführungen, sowie auf die hiebei nöthigen Fristbestimmungen beschränkt.

J. R. A. §. 50.

Ein Beweisinterlocut im Sinne des heutigen gemeinen Processes ist daher auch noch dem J. R. A. unbekannt. Zwar will

Guyet im Archiv für civ. Prax. Bd. XV. S. 413. not. 37.

in dem vorher citirten §. 50 des J. R. A. die Anordnung eines solchen Beweisinterlocutes finden. Allein diese Stelle spricht nur von der Prüfung eines bereits von den Parteien selbst schon angetretenen Beweises.

Vgl. über die bisherige Darstellung:

Hassenpflug, kleine Schriften I. Bdch. S. 68—82, und besonders

Planck, Beweisurtheil S. 194—206.

Fortsetzung.

§. 231.

Wenn aber auch das Beweisinterlocut in seiner jetzt üblichen Stellung und Form in dem Röm. und canonischen, — sowie in dem, diesem nachgebildeten kammergerichtlichen Processe nicht vorkommt, so finden wir doch dasselbe, — wie Planck (a. a. O. S. 3 bis 82) durch zahlreiche und unverwerfliche Belege historisch nachgewiesen hat, im älteren deutschen Gerichtsverfahren. Diese altdeutschen Beweisurtheile haben sich aber auch unter dem Einflusse des eindringenden Romanischen Rechts in dem Gerichtsgebrauche einzelner Länder, namentlich in Sachsen, fortwährend erhalten, und sind nach der Aufhebung des articulirten Verfahrens im 17ten und 18ten Jahrhundert durch den Einfluß sächsischer Juristen allmählich auch in die Praxis derjenigen Länder übergegangen, welche sich früher dem kammergerichtlichen Systeme

angeschlossen hatten. — Die sächsischen Beweisurtheile hatten zwar nur eine sehr generelle Fassung (z. B. Kläger hat den Grund der Klage, soweit derselbe verneint worden, zu beweisen); allein Rücksichten der Zweckmäßigkeit, welche selbst im §. 50 der J. R. A. — wenn auch in einer anderen formellen Beziehung — ausdrücklich anerkannt worden waren, führten bald auch zu einer speciellen Fassung des Beweissatzes.

Was aber die Frage betrifft, ob diesen Beweisurtheilen auch die Appellabilität und die Fähigkeit zur Erlangung der Rechtskraft beizulegen sey, so ist die Bejahung derselben nach sächsischem Gerichtsgebrauche nie bezweifelt worden. In der Doctrin suchte man aber diesen Gebrauch auch durch Berufung auf Vorschriften des Röm. Rechts und der Reichsgesetze zu rechtfertigen. Schon im Röm. Rechte kommt nämlich die Bestimmung vor (c. 11. C. 7. 45), daß der Richter, wenn er die Entscheidung des Streites von der vorgängigen Leistung eines Eides abhängig machen wolle, der Eidesauflage auch sogleich die rechtliche Folge der wirklichen Ableistung oder Verweigerung des Eides beizufügen habe (s. oben S. 410), und ein in solcher Weise bedingtes Endurtheil wurde für appellabel und der Rechtskraft fähig gehalten. Diese Vorschrift wurde nun analog auch auf das Beweisurtheil angewandt, indem man auch dieses als ein eventuelles Endurtheil auffaßte, nur mit einer anderen Bedingung („si probaveris“ statt „si juraveris“). Andere benützten aber den von der Schule der Romanisten aufgestellten und auch von den Reichsgesetzen anerkannten Satz, daß ausnahmsweise auch gegen eine interlocutio appellirt werden könne, wenn sie die Kraft eines Endurtheils (vim definitivae sent.) habe, indem, wie sie glaubten, dem Beweisinterlocute diese Kraft nicht abgesprochen werden könne. Gegen diese Argumen-

tation ließ sich freilich mancherlei einwenden, und von einzelnen Juristen ist dieß auch wirklich geschehen. Allein der deutsche Gerichtsgebrauch hat sich doch überwiegend der Ansicht der sächsischen Juristen angeschlossen, daß das Beweisinterlocut auch nach gemeinem Rechte appellabel, — und zugleich (was übrigens keineswegs nothwendig daraus folgte) der Rechtskraft fähig sey. Im 18ten Jahrhundert ist diese Ansicht auch von der Mehrzahl der deutschen Rechtsgelehrten vertheidigt und selbst in mehrere Particulargesetzgebungen aufgenommen worden.

Detaillirte Nachweisungen über den hier angedeuteten Entwickelungsgang s. bei Planck a. a. O. S. 206—228.

Auch der in der neuen Doctrin zur überwiegenden Herrschaft gelangte Grundsatz, daß jedes s. g. Decisivdecret rechtskräftig werden könne (s. oben S. 431), führt zu demselben Resultate, indem den Parteien in dem ersten Verfahren Gelegenheit gegeben ist, nicht nur die zur Begründung ihrer Proceßrechte dienenden Behauptungen aufzustellen und gegenseitig zu bestreiten, sondern auch über die Beweislast und den Beweissatz ihre Ansichten zu entwickeln, so daß man sagen kann, das Beweisinterlocut enthalte einen richterlichen Ausspruch über solche Fragen, über welche bereits beiden Theilen Gelegenheit gegeben war, sich in ihren Streitvorträgen gegenseitig zu äußern. Wenn sie von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch machten, so kann deßhalb dem Beweisinterlocut die Eigenschaft eines Decisivdecretes doch nicht abgesprochen werden, weil die Bestimmung der Beweislast und des Beweissatzes Sache der rechtlichen Beurtheilung ist, und auch das Endurtheil deßhalb nicht die Kraft eines Decisivdecrets verliert, weil sich die Parteien im contradictorischen Verfahren nur über

thatsächliche Verhältnisse, nicht aber auch über die darauf anzuwendenden Rechtsgründe geäußert haben.

Fortsetzung.

§. 232.

Nimmt man aber an, daß das Beweisinterlocut rechtskräftig werden könne (und wenn man den Gerichtsgebrauch als eine Quelle des gemeinen Processes anerkennt, wird man nicht umhin können, dieß anzunehmen), so muß man consequent auch die Wirkungen der Rechtskraft hier, wie bei anderen Urtheilen gelten lassen. Man wird daher zugeben müssen,

1) daß die Parteien, wenn sie nicht rechtzeitig ein ordentliches Rechtsmittel gegen das Interlocut eingewandt haben, an die Bestimmungen desselben, sowohl über die Beweislast, als über den Beweissatz gebunden sind; — sowie

2) daß auch der Richter, und zwar sowohl der Richter der ersten, als einer höheren Instanz, von den Festsetzungen eines rechtskräftigen Beweisinterlocuts ebensowenig mehr abweichen kann, als von den Bestimmungen eines rechtskräftigen Endurtheils. Ob der Richter, welcher das Endurtheil zu fällen hat, mit den Ansichten des Richters, von dem das Beweisinterlocut ausgegangen war, übereinstimmt oder nicht, ist gleichgültig. Seine Aufgabe beschränkt sich bloß darauf, zu prüfen, ob der aufgelegte Beweis hergestellt wurde oder nicht, und nach dem Ergebnisse dieser Prüfung hat er auch das Endurtheil zu sprechen, gleichviel ob der Beweissatz relevant oder irrelevant, überladen oder unvollständig war.

Diese Consequenz kann allerdings zuweilen den endlich urtheilenden Richter in eine peinliche Lage bringen, weil er gegen seine individuelle Ueberzeugung lossprechen oder verurtheilen muß; und die Scheu vor der Möglichkeit eines solchen Erfolges war ohne Zweifel der Hauptbeweggrund zu den hie und da schon in früherer, noch öfter aber in der neuesten Zeit gemachten Versuchen, die Rechtskraft der Beweisinterlocute nicht bloß vom legislativen, sondern auch von dem positiven Standpunkte des gemeinen Rechtes entweder gänzlich, oder doch theilweise zu bekämpfen. Ein Versuch der ersten Art findet sich u. A. in

Hassenpflug, kleinen Schriften I. S. 68 flg.

Nur mit gewissen, zum Theile erkünstelten oder mit der anerkannten allgemeinen Natur der Rechtskraft kaum vereinbarten Beschränkungen wird aber dem Beweisinterlocute diese Kraft zugestanden von

Martin, Lehrb. §. 180. not. k.
Heffter, Syst. §. 371.
v. Linde, Lehrb. §. 245.
v. Pape im Archiv für civil. Praxis Bd. XXX. S. 107 flg.

Da jedoch der vorherrschende deutsche Gerichtsgebrauch dem Beweiserkenntnisse einmal die Natur eines appellablen und der Rechtskraft fähigen Urtheils beigelegt hat, so ist die unangenehme Folge, welche diese Eigenschaft für den definitiv erkennenden Richter zuweilen haben kann, offenbar ohne entscheidendes Gewicht, indem ja der Richter in Folge der Rechtskraft auch in die Lage kommen kann, ein Endurtheil durch Zwangsmaßregeln vollziehen zu müssen, von dessen materieller Ungerechtigkeit er doch individuell vollkommen überzeugt ist. — Auch ist, dem Vorwurfe der Härte gegenüber, welchen man dem gemeinrechtlichen Ge-

richtsgebrauche zu machen pflegt, nicht zu übersehen, daß den Parteien, welche mit dem Inhalte des Beweisurtheils unzufrieden sind, gestattet ist, dagegen die Berufung zu ergreifen; sowie, daß die Rechtskraft durch unheilbare Fehler des Urtheils, namentlich durch die Unmöglichkeit des darin Angeordneten (Fr. 3. D. 49. 8), oder durch wirkliche Unverständlichkeit der Anordnung selbst verhindert wird. — Die hier angenommene Ansicht wird im Wesentlichen, wenn gleich nicht überall aus demselben Grunde vertheidigt von

Mittermaier, der gemeine deut. Proc. Beitrag 2. S. 121 flg.

Gensler im Arch. für civ. Prax. I. S. 362 flg.

Guyet ebend. XV. S. 401 flg.

Besonders aber Planck a. a. O. S. 300 flg.

Brackenhöfts Darstellung (Arch. f. civ. Pr. XXVIII. S. 206 flg.) ist mir nicht durchgehends klar geworden.

Schmid, Hdb. II. §. 122.

Legislative Betrachtungen und Vorschläge über diesen Gegenstand liefern u. A.

Gr. v. Arco, von den Ursachen der außerordentlichen Zunahme der Berufungen &c. München 1822. §. 48.

Dr. W. H. Puchta, über bürg. Rechtspflege S. 86.

Götz, im Archiv für civil. Praxis VI. S. 161 flg.

Betrachtungen über Gegenstände des schriftlichen Civilprocesses. Erlangen 1845.

Planck a. a. O. S. 364 flg.

Piris im Gerichtssaal, 2ter Jahrgang. Maiheft S. 379 flg.

Schließlich ist übrigens noch zu bemerken, daß sich die Rechtskraft des Beweisinterlocuts nur auf die Bestimmung der Beweislast und des Beweissatzes, keineswegs aber

auch auf die Anordnung der Beweisfrist (als eine bloß proceßleitende Verfügung) bezieht; sowie, daß das Beweisurtheil auch in Ansehung der beiden ersten Punkte nur in dem Sinne rechtskräftig wird, in welchem es der anerkennende Richter einer vernünftigen Auslegung zufolge verstanden wissen wollte.

Planck a. a. O. S. 305 flg.

Von der richterlichen Verfügung im Falle eines anticipirten Beweises.

§. 233.

Anticipirt nennt man den Beweis dann, wenn eine Partei freiwillig damit auftritt, ohne das richterliche Interlocut abzuwarten. Da dieser Begriff voraussetzt, daß regelmäßig in jedem ordentlichen Processe der Beweis durch ein richterliches Interlocut aufgelegt werden soll, solche Interlocute aber in der Art und in dem Umfange, wie sie jetzt üblich sind, weder im Röm. Processe, noch in dem Verfahren nach canon. Rechte, noch endlich in dem reichsgerichtlichen Processe vorkamen,

Vgl. Goldschmidt, Abh. S. 51 flg.

Mittermaier, der gem. d. Pr. 2. Beitr. S. 142. (Aufl. 2.)

Heffter, Inst. S. 349 flg.

sondern den Parteien rücksichtlich der Beweisführung ein viel freierer Spielraum gelassen wurde, so würde man sich in den gesetzlichen Quellen des gemeinen Processes vergebens nach ausdrücklichen Vorschriften über die Anticipation des Beweises umsehen. Auch der Beweis, von dem der J. R. A. in den §§. 35 und 39 handelt, ist eigentlich kein anticipirter in dem jetzigen Sinne, d. h. ein dem

Beweisinterlocute vorgreifender, sondern kann nur insofern anticipirt genannt werden, als der Kläger nicht dazu verpflichtet war, schon bei Ausziehung der Processe, oder in primo termino damit aufzutreten. Dessen ungeachtet werden aber diese Stellen vorzugsweise auch jetzt noch in dieser Lehre benützt, welche übrigens auf dem neueren Gerichtsgebrauche und auf allgemeinen Ansichten beruht.

Als leitende Grundsätze werden gewöhnlich folgende aufgestellt:

I. Jeder Partei ist es erlaubt, aber keine ist verpflichtet den Beweis zu anticipiren.

Arg. J. R. A. §. 35.

II. Da es Sache des Richters ist, zu bestimmen, was bewiesen werden soll, so kann ein Mißgriff des Anticipanten in dieser Hinsicht den Richter nicht binden.

J. R. A. §. 50.

II. Da das gemeine Recht eine gesetzliche peremtorische Beweisfrist nicht kennt, und im Falle einer Anticipation auch der Richter noch keine solche festgesetzt hat, so kann

1) der Anticipant bis zum Beschluß der Sache noch immer neue Beweismittel nachtragen, und

2) im Falle des Mißlingens des anticipirten Beweises muß sogar der Richter auf besseren Beweis erkennen. Nach diesen Grundsätzen und zum Theile mit Rücksicht auf den J. R. A. bestimmt man nun die richterlichen Verfügungen im Falle einer Anticipation. Hat nämlich

A. der Kläger den Beweis schon mit der Klage anticipirt, so unterscheidet man, ob die Beweismittel Urkunden sind oder nicht. In dem ersten Falle sollen die Urkunden dem Beklagten sammt der Klageschrift mitgetheilt und demselben nach J. R. A. §. 37 und 39 aufgelegt werden,

„sich in puncto recognitionis recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlichem Präjudiz vernehmen zu lassen." In dem zweiten Falle aber soll zwar die Mittheilung auch geschehen, der Beklagte aber nicht schuldig seyn, sich jetzt schon auf Gegenhandlungen wider den anticipirten Beweis einzulassen, obwohl der J. R. A. §. 37 verb. mit §. 35 das Gegentheil verordnet. Dieselben Regeln läßt man

B. analog auch für den Fall gelten, wenn der Beklagte den Beweis seiner Einreden sogleich in der Exceptionsschrift anticipirt.

C. Hat der Kläger den Beweis seiner Klage, anstatt zu repliciren, freiwillig angetreten, so soll der Richter prüfen, ob ihm wirklich die Beweislast obliegt, und ob er auch das rechte Thema getroffen hat. Ist Beides der Fall, so soll zwar diejenige Verfügung getroffen werden, welche nach der Beschaffenheit der gewählten Beweismittel hätte erfolgen müssen, wenn der Beweis in Gemäßheit eines Interlocuts angetreten worden wäre, nur soll vorher dem Anticipanten noch eine peremtorische Frist zur Beibringung der etwa noch zurückgehaltenen Beweismittel vorgeschrieben werden, um künftigen Nachholungen und der Nothwendigkeit eines Erkenntnisses auf besseren Beweis vorzubeugen. (Vergl. oben Grundſ. III. Martin §. 183. lit. a.) — Findet aber der Richter, 1) daß der Kläger zwar zum Beweise verpflichtet, aber das rechte Thema nicht getroffen ist, so soll die Anticipation gar nicht berücksichtigt, sondern, wie gewöhnlich, ein Beweisinterlocut erlassen werden. (Vergl. oben Grundſ. II.) 2) War der Kläger zu dem von ihm anticipirten Beweise zunächst gar nicht verpflichtet, so darf dessen ungeachtet kein Verzicht auf die Freiheit von der Beweislast bloß aus der freiwilligen Antretung gefolgert werden, weil es auch möglich ist, daß der Kläger nur in eventum den directen Gegenbeweis anticipiren wollte.

Nicht entgegen steht Fr. 14. D. 22. 3. vergl. mit Fr. 39. D. 40. 12.

Collmann, Grundl. S. 47. §. 32.

A. M. v. Gönner, Hdb. II. 40. §. 6.

Der Richter muß daher auch in diesem Falle ein Interlocut erlassen, und in demselben, wie gewöhnlich, die Beweislast bestimmen.

D. Nach gleichen Grundsätzen ist auch eine Anticipation von Seite des Beklagten anstatt der Duplik zu behandeln.

S. über das Ganze: Mittermaier im Archiv I. S. 120—137 und S. 181—206.

Dr. Wilh. Langenbeck, die Beweisführung im bürg. Rechtsstreit. XXI. S. 884 flg.

Die Vortheile, welche man sich in neuerer Zeit zuweilen aus legislativen Gründen von dem unbedingten Gebote der Verbindung des Beweises mit den ersten Streitverhandlungen versprechen zu dürfen glaubte,

Friedrich Frhr. v. Podewils, über die Vortheile des gesetzlichen Princips der Beweisverbindung u. s. w. München 1837.

würden doch wohl nicht bei allen Beweismitteln eintreten.

Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Proc. 2ter Beitr. S. 162 flg. (2te Aufl.)

Vgl. noch Planck a. a. O. S. 357 flg.

Periode des Beweisverfahrens.

Einleitung.

Begriff.

§. 234.

Die Gesetze stellen nirgendwo absichtlich einen Begriff des Beweises auf, sondern folgen da, wo sie von dem Beweise sprechen, dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens, und verstehen daher unter probatio bald Beweisgründe, z. B. in

Fr. 24 u. 25. D. 22. 3.
Fr. 35 pr. D. 12. 2.
c. 4. C. 4. 19.
c. 2. X. 2. 19.

bald die Beweisführung, z. B. in

Fr. 2. 3. 17. D. 22. 3.
c. 2. C. 4. 19.
c. 3. X. 2. 19.

Diese Vieldeutigkeit des Ausdrucks hat nicht bloß zu mancherlei nicht immer sehr erquicklichen grammatischen und dialektischen Erörterungen Anlaß gegeben, sondern ist auch nicht ohne verwirrenden Einfluß auf den praktischen Theil der ganzen Lehre geblieben.

Vgl. Magazin f. den Proc. von Martin und Walch I. 1. S. 63 flg.
v. Gönner, Hdb. II. 37.
v. Gensler im Archiv für civ. Prax. I. S. 29 flg.
v. Linde, Abhandl. S. 49 flg.

Faßt man den Begriff von der objectiven Seite auf, so kann man unter „Beweis" nichts anderes ver-

stehen, als den Inbegriff der Gründe für die Wahrheit (im Civilprocesse für die juristische Wahrheit) eines Satzes. In Bezug auf diesen Begriff ist es übrigens vollkommen gleichgültig durch wen und in welcher Form diese Gründe zu den Acten gebracht worden sind. Auch wird hiebei nicht vorausgesetzt, daß durch die dargebotenen Gründe immer eine vollständige Ueberzeugung bewirkt werden müsse.

Dr. H. H. Fitting, über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis. Erlangen 1853. §. 4 flg.

Das Zeitwort „beweisen" bezeichnet aber die persönliche Thätigkeit, durch welche jene Gründe herbeigeschafft werden; und weil dieses in den allermeisten Fällen durch die Parteien geschieht, so hat man selbst den Begriff des Beweisens bloß auf die Parteithätigkeit beschränkt. Diese Beschränkung ist nun zwar allerdings nicht ganz richtig, indem ja gewisse Beweisgründe auch durch den Richter, und zwar von Amtswegen, herbeigeschafft werden dürfen (z. B. durch Augenschein, oder durch die Auflegung eines nothwendigen Eides). — Indessen muß doch zugestanden werden, daß auch die Gesetze, wenn sie von „probare" sprechen, dabei immer eine Thätigkeit der Parteien voraussetzen.

Eintheilungen des Beweises.

A. Haupt- und Gegenbeweis.

§. 235.

Die Aufstellung dieses Gegensatzes ist ursprünglich keineswegs durch die inneren Merkmale des Be-

griffes vom Beweise veranlaßt worden, sondern durch die Rücksicht auf die Grundsätze über die Beweislast.

An der Spitze dieser Grundsätze steht nämlich die Regel: Necessitas probandi incumbit ei, qui agit. — Der Beweis der Klage wurde daher als Hauptbeweis bezeichnet, und nur dieser Beweis wurde zunächst aufgelegt. Jede Beweisführung aber, welche der Beklagte unternehmen konnte, fiel in das Gebiet des Gegenbeweises, ohne weitere Unterscheidung, ob der Beklagte die Unwahrheit der von dem Kläger aufgestellten Behauptungen, oder die von ihm, dem Beklagten selbst, vorgebrachten Einreden zu beweisen versuchen wollte. Ja der Einredebeweis wurde sogar als der gewöhnliche Gegenstand des Gegenbeweises bezeichnet, weil „die probatio contrarii sehr schwer sey, und gewöhnlich auf eine negativa hinaus laufe." Diese Ansicht findet sich nicht nur in der Doctrin, sondern auch in vielen Proceßordnungen des 17ten und 18ten Jahrhunderts.

Seyfart, T. Reichsproc. c. 20. §. 1.

Churfürstl. sächsische Gerichtsordnung von 1622. Tit. 21. §. 4.

Cod. jur. bav. judic. von 1753 c. 9. §. 12. in den Anmerk. hiezu lit. a.

Diese Darstellung erklärt sich dadurch, daß man sich die Entscheidung der Frage, ob der Beklagte nach dem Hauptantrage des Klägers verurtheilt werden soll oder nicht, als dem letzten Zweck des ganzen gerichtlichen Verfahrens, die einzelnen Handlungen der Parteien aber nur als Mittel zu diesem Zwecke dachte. Von diesem Standpunkte aus beurtheilte man das Verhältniß so: Wenn der Kläger den Grund seiner Klage beweist, so geschieht es, um die Condemnation seines Gegners zu bewirken. Beweist aber der Beklagte seine Einrede, so hat er dabei ebensowohl die

Absicht, die Condemnation abzuwenden, als wenn er geradezu die Unwahrheit des Klagegrundes darzuthun sucht. In beiden Fällen operirt er der Intention des Klägers entgegen, und gleichwie man den Vortrag einer exceptio Gegenrede nannte, so glaubte man auch den Beweis derselben Gegenbeweis nennen zu können.

Indessen wurde man bald gewahr, daß zwischen dem Beweise der Einreden und dem Beweise der Nichtwahrheit des Klagegrundes in mehrfacher Beziehung ein wesentlicher Unterschied stattfinde. — Man gab jedoch um deßwillen anfänglich den Gedanken nicht auf, daß auch der Einredebeweis ein Gegenbeweis sey, sondern unterschied nur zweierlei Arten des Gegenbeweises, nämlich einen eigentlichen oder directen, worunter man vorzugsweise den Beweis der Unwahrheit der klägerischen Behauptungen verstand, und einen uneigentlichen, indirecten, als welchen man den Beweis der Einreden bezeichnete.

Vgl. z. B. Claproth, ord. Proc. §. 301 und 302.

In der Praxis wird diese Auffassung auch jetzt noch allgemein festgehalten. Die neueste Doctrin hat aber den Beweis der Einreden von dem Gebiete des Gegenbeweises gänzlich losgerissen, und denselben auch als eine Art des Hauptbeweises dem Klagebeweise an die Seite gestellt. Dieser Ansicht zufolge gibt es also nur eine Art des Gegenbeweises, nämlich den bisher sogenannten eigentlichen oder directen Gegenbeweis, welcher aber jedem Hauptbeweise gegenüber, also nicht bloß dem Beweise der Klage, sondern auch der Einrede und folgeweise der Replik und Duplik, vorkommen kann.

Diese Darstellung beruht übrigens darauf, daß man bei der Begriffsbestimmung nicht, wie ehedem, den letzten Zweck des ganzen Processes, sondern die Natur der einzelnen selbständigen Angriffe und Gegenangriffe, welche

in dem ersten Verfahren vorkommen können (Klage, Einrede, Replik, Duplik), in das Auge faßte, und daß man sich das Verfahren über jeden dieser Angriffe nicht als ein gleichzeitiges, sondern als ein successives und isolirtes dachte.

v. Gönner, Hdb. Abh. 41 u. 42.

v. Linde, Abh. I. S. 49 flg.

Besonders aber:

Fitting a. a. O. §. 13 u. 14.

Ueber die historische Entwickelung der Begriffe s. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis VI. S. 342 flg.

Fortsetzung.

§. 236.

Daß diese neuere Ansicht den Vorzug verdient, dürfte im Allgemeinen nicht zu bezweifeln seyn. Denn der unmittelbare Gegenstand des Klagebeweises ist nicht das Recht, der Anspruch des Klägers, sondern die Thatsache, auf welche sich der Anspruch desselben gründet. Durch den Beweis der Einrede wird aber nicht diese Thatsache als unwahr oder zweifelhaft, sondern das Recht des Klägers als unwirksam oder aufgehoben dargestellt, selbst in dem Falle, wenn jene Thatsache zugegeben werden müßte. Der Einredebeweis berührt daher den Klagebeweis als solchen gar nicht, und kann eben daher, diesem gegenüber, nicht Gegenbeweis genannt werden. Es ist also wohl nichts dagegen einzuwenden, wenn man die Begriffe in folgender Art feststellt:

1) Hauptbeweis ist, für sich betrachtet, jeder Beweis für die Wahrheit des thatsächlichen Grundes eines selbständigen processualischen Angriffes oder Gegenangriffes (Klage, Einrede u. s. w.).

2) Gegenbeweis aber ist der Beweis, durch welchen das Zustandekommen oder die Wirksamkeit eines Hauptbeweises selbst verhindert werden soll.

Indessen scheint doch, was den Hauptbeweis betrifft, ein Punkt nicht unbeachtet bleiben zu dürfen. Nach dem Grundsatze: actore non probante, reus absolvitur ist nämlich die Vertheidigung durch Einreden nur in dem Falle nothwendig, wenn der Grund der Klage bewiesen ist. Dieses Verhältniß einer bloß eventuellen Nothwendigkeit der Einrede pflanzt sich natürlich auch auf den Beweis der Einrede fort. Demnach wird man aber im Hinblicke auf den Gesammtzusammenhang des ganzen Verfahrens in seiner dermaligen Structur auch zweierlei Arten des Hauptbeweises annehmen müssen, einen absolut und einen nur eventuell nothwendigen Hauptbeweis. Der Beweis der Einrede z. B. ist und bleibt zwar immer ein Hauptbeweis. Hatte aber der Beklagte den Grund der Klage widersprochen, und ist der Beweis des letzteren noch nicht geliefert, so ist der Einredebeweis nur ein eventuell nothwendiger, während er, wenn der Beklagte den Grund der Klage zugestanden hatte, in die erste Linie vorrückt und als absolut nothwendiger Hauptbeweis erscheint.

Vielleicht könnte die ganze Theorie dadurch vereinfacht werden, daß man den Gegensatz zwischen Haupt- und Gegenbeweis (genau betrachtet ist es ohnehin kein logischer Gegensatz, indem man bei dem Hauptbeweise doch immer auf die Beweislast Rücksicht nehmen muß, bei dem Gegenbeweise aber nicht) — gänzlich fallen ließe,

von einem Hauptbeweise gar nicht mehr spräche, und das Verhältniß in folgender Art darstellte:

Läugnet der Beklagte den Grund der Klage, so ist vor allem ein Beweis hierüber nothwendig. Ist dieser Beweis geliefert, so muß der Beklagte zur Einrede greifen, wenn ihm eine solche zu Gebote steht, und im Fall des Widerspruchs den Grund der Einrede beweisen u. s. w.

Dem Gegner des jedesmaligen Beweisführers steht es aber immer frei, den Gegenbeweis zu versuchen.

Fortsetzung.

Von dem Gegenbeweise insbesondere.

§. 237.

Objectiv aufgefaßt ist Gegenbeweis der Inbegriff der Gründe, welche gegen die Wahrheit eines Satzes sprechen.

Die Herbeischaffung dieser Gründe, oder die Gegenbeweisführung ist ein Ausfluß des Vertheidigungsrechtes derjenigen Partei, für welche die Annahme der Wahrheit eines Satzes rechtlich nachtheilige Folgen haben würde, also namentlich des sogenannten Producten im Beweisverfahren.

Dieses Vertheidigungsrecht kann nämlich im Allgemeinen auf verschiedene Art geltend gemacht werden. Abgesehen von den rein formellen Einwendungen (z. B. der Einwendung der versäumten Beweisfrist, und der deßhalb eingetretenen Desertion), kann der Product

1) die Relevanz der von dem Beweisführer aufgestellten Beweissätze bestreiten; oder

2) die Zulässigkeit oder die Glaubwürdigkeit der von dem Producenten vorgeschlagenen Beweismittel bekämpfen; oder endlich

3) geradezu die Unwahrheit der von dem Beweisführer aufgestellten, wenn auch an sich relevanten Beweissätze darzuthun suchen.

Der Beweis nun, welchen der Product in dieser letzten Beziehung (Ziff. 3) unternimmt, oder durch welchen er nöthigenfalls die Unzulässigkeit, oder die gänzliche Unglaubwürdigkeit, oder die verminderte Glaubwürdigkeit der von dem Probanten vorgeschlagenen Beweismittel herzustellen sucht (Ziff. 2) ist der Gegenbeweis.

Der Zweck der Gegenbeweisführung besteht demnach überhaupt darin, den Erfolg der Beweisführung oder die Wirkung eines schon vorhandenen Beweises ganz oder theilweise zu vereiteln oder zu verhindern.

Die processualischen Grundsätze hinsichtlich des Gegenbeweises sind im Wesentlichen folgende:

I. In der Regel ist eine Gegenbeweisführung jedesmal zulässig, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Beweisgründe, welche zur Bewahrheitung des Satzes vorgeschlagen werden, oder schon vorliegen, wider welchen er gerichtet ist. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur bei solchen Beweisgründen ein, welche entweder schon vermöge ihrer Natur einen Gegenbeweis ausschließen (wie z. B. ein gehörig abgehaltener Augenschein), oder bei welchen der Gegenbeweis kraft gesetzlicher Bestimmung ausgeschlossen ist (z. B. bei praesumt. juris et de jure, — in der Regel auch bei förmlichen gerichtlichen Geständnissen und bei dem freiwilligen Haupteide). Das Nähere über diese Ausnahmen gehört in die Lehre von den eben bezeichneten einzelnen Beweisgründen.

II. Nothwendig wäre die Führung des Gegenbeweises eigentlich nur dann, wenn für den Satz, wider welchen der Gegenbeweis geführt werden müßte, bereits bestimmte Beweisgründe vorlägen. Denn so lange dieser Satz noch völlig ungewiß ist, kann der zum Gegenbeweise Berechtigte nach dem Grundsatze „actore non probante, reus absolvitur“ und dessen analoger Anwendung auf Einreden, Repliken u. s. w. immer noch hoffen, auch ohne einen Gegenbeweis von seiner Seite sein Ziel zu erreichen. Die Antretung des Gegenbeweises könnte daher, allgemein betrachtet, so lange verschoben werden, bis die Beweisführung über den betreffenden Satz vollendet, und nicht gänzlich mißlungen wäre. Allein zur Abkürzung des Verfahrens wird die Gegenbeweisführung in der Regel mit der Beweisführung eventuell in Verbindung gebracht. Entschieden überflüssig ist sie aber dann, wenn eine Beweisführung über den betreffenden Satz nach der Lage des Processes nicht mehr möglich ist, z. B. weil der Gegner die peremtorische Beweisfrist versäumt hat. Dagegen ist umgekehrt die Gegenbeweisführung entschieden nothwendig (d. h. die Unterlassung derselben würde eine nachtheilige Entscheidung in der Hauptsache selbst für den Unterlassenden zur Folge haben), wenn der betreffende Satz bereits durch eine Rechtsvermuthung zur provisorischen juristischen Gewißheit erhoben ist. — Nach diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu beantworten, inwieferne von einer Pflicht zur Gegenbeweisführung in gleichem Maße, wie zur Beweisführung gesprochen werden könne.

Vgl. v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 5.

Schmid, Hdb. II. S. 137 a. E.

Fitting a. a. O. §. 24.

III. Da der Gegenbeweis nur für den Fall als nothwendig erscheint, wenn der Beweis des betreffenden

Satzes wenigstens einigermaßen gelingt, der Richter aber den künftigen Erfolg der Beweisführung zur Zeit der Erlassung des Beweisurtheils nicht voraussehen kann, so würde es offenbar ungeeignet seyn, den Gegenbeweis in dem Interlocute in derselben Art aufzulegen, wie den Beweis. Aus diesem Grunde ist es keineswegs bloß als eine technische Regel zu betrachten, wie

Collmann, Grundlin. §. 48, und
Fitting a. a. O. §. 25.

glauben, daß der Gegenbeweis in dem Beweisinterlocute nur vorbehalten werden soll, sondern dieser Gebrauch ist vielmehr in der Natur des Verhältnisses selbst begründet, wie dieß auch allgemein von den neueren Rechtslehrern angenommen wird.

v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 4.
Danz, Grundſ. §. 251.
v. Linde, Lehrb. §. 236.
Schmid, Hdb. S. 137.

Selbst die Unterlassung des ausdrücklichen Vorbehaltes im Beweisurtheile ist unschädlich, weil sich das Recht zu dieser Art von Vertheidigung, wie zur Vertheidigung überhaupt, von selbst versteht.

Eben so wenig ist die Aufstellung eines eigenen Thema für den Gegenbeweis nothwendig, weil sich, sofern dieser auf die Unwahrheit des Beweissatzes gerichtet werden sollte, das Thema dafür durch die Umkehrung des Beweissatzes in die negative Fassung von selbst ergibt; — sofern aber der Product die Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit der Beweismittel seines Gegners angreifen wollte, eine vorgreifende Normirung des Thema gar nicht möglich wäre.

Nur dann muß ausnahmsweise der Gegenbeweis auferlegt und speciell normirt werden, wenn der Beweis schon während des ersten Verfahrens durch eine wirksame Rechtsvermuthung hergestellt wurde, und daher für das Beweisurtheil keine andere Aufgabe mehr übrig ist, als die Anordnung des Gegenbeweises.

Fitting a. a. O. §. 25.

IV. Der Gegenbeweis kann, wie der Beweis überhaupt, nicht bloß auf directem, unmittelbarem, sondern auch auf indirectem, mittelbarem oder künstlichem Wege geführt werden; d. h. der Reprobant muß nicht gerade das nackte Gegentheil Dessen darthun, was den Inhalt des Beweissatzes bildet, sondern er kann auch andere Thatsachen zu beweisen suchen, von welchen, wenn sie erwiesen sind, auf die Unmöglichkeit, Unwahrheit, oder Unwahrscheinlichkeit des Beweissatzes geschlossen werden kann. Da jedoch der Beweissatz in dem heutigen Processe nicht auf das Daseyn eines Rechtes, sondern nur auf concrete Thatsachen gerichtet wird, so kann der Beweis über die Aufhebung des von dem Beweisführer behaupteten Anspruches (z. B. der Beweis der Zahlung der eingeklagten Schuld) nicht als künstlicher Gegenbeweis betrachtet werden.

A. M. ist Fitting a. a. O. §. 18, welcher hier die Römische Auffassung der verschiedenen Vertheidigungsformen zu Grunde legt, welche jedoch, wie ich glaube, auf unser gegenwärtiges Verfahren nicht mehr angewandt werden kann.

V. Der Gegenbeweis kann durch alle gewöhnlichen Beweismittel geführt werden. Nur in Ansehung der Eidesdelation tritt eine Beschränkung ein. Will nämlich der Reprobant eine noch zweifelhafte Thatsache beweisen, um dadurch die Glaubwürdigkeit eines von dem Kläger vorgeschlagenen Beweismittels anzufechten (z. B. die Be-

stechung eines Zeugen), so ist die Eideszuschiebung ohne Bedenken zulässig. Ist aber der Gegenbeweis auf die Unwahrheit des Beweissatzes selbst gerichtet, so kann derselbe durch Eideszuschiebung nicht geführt werden. Denn, wenn der Beweis gänzlich fehlschlägt, so bedarf es überhaupt keines Gegenbeweises, also auch der Eidesdelation nicht mehr; man kann daher dem Producten die Absicht nicht unterlegen, daß er den Eid auf diesen Fall zugeschoben haben wolle. Gelingt aber der Beweis dem Producenten vollständig, so ist dieser nicht schuldig, Das, was er bereits bewiesen hat, auch noch durch einen Eid zu bekräftigen. Der geführte Beweis dient ihm zur Gewissensvertretung.

arg. c. 2. X. 2. 19.

Fällt aber der Beweis unvollständig aus, so treten die nothwendigen Eide (der Erfüllungs- oder Reinigungseid) ein.

Schneider, Lehre v. Beweise §. 383.
v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 7.
v. Linde, Lehrb. §. 236.
Schmid, Hdb. II. S. 141.

Die Frage, ob die Eidesdelation auch dann unstatthaft ist, wenn der Product zwar die Unwahrheit des Beweissatzes darthun will, aber nicht unmittelbar, sondern auf künstlichem Wege, dürfte in dem Falle zu bejahen seyn, wenn die von dem Beweisführer bewiesene Thatsache die zu beschwörende schon in sich enthält (arg. c. 2. X. cit.) z. B. wenn der Kläger bewiesen hätte, an einem bestimmten Orte contrahirt zu haben, und der Beklagte den Gegenbeweis über das alibi durch Eidesdelation führen wollte. Außerdem scheint der Eideszuschiebung kein rechtliches Hinderniß entgegenzustehen. Auch dürfte die Ausschließung des Eides auf den Fall nicht auszudehnen seyn,

wenn die Wahrheit des Beweissatzes nur durch eine Rechtsvermuthung unterstützt ist, weil die Worte des c. 2. X. 2. 19. „actor, *qui* plene *probavit*" auf diesen Fall nicht wohl bezogen werden können. Dieser Meinung scheint auch zu seyn

Fitting a. a. O. S. 67 oben.

Vgl. noch: C. Bolgiano, vergl. Darstell. des gem. und bayer. Civilproc. Erlangen 1854. 2. Abth. S. 141.

VI. Als eine Eigenthümlichkeit des Gegenbeweises wird gewöhnlich noch angeführt, daß wider den Gegenbeweis nicht abermal ein Gegenbeweis geführt werden könne (reprobatio reprobationis non datur).

v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 20.

Allein diese Regel fließt keineswegs aus der Natur des Gegenbeweises, sondern ist nur eine Folge des allgemeinen processualischen Grundsatzes, daß der Beweisführer nach dem Ablaufe der peremtorischen Beweisfrist keine neuen Beweismittel über denselben Satz mehr nachtragen darf, über welchen er den Beweis bereits angetreten hatte. Daher ist auch diese Regel nur dann anwendbar, wenn diese Voraussetzung wirklich zutrifft, also namentlich in dem Falle, wenn der Gegenbeweis unmittelbar auf das Nichtwahrseyn des Beweissatzes gerichtet war, und nun der Beweisführer hiergegen wieder das Contrarium zu beweisen versuchen wollte, weil in diesem Falle die Antireprobation nach dem Satze duplex negatio est affirmatio wieder denselben Satz zum Thema erhalten würde, über welchen der Beweisführer alle seine Beweismittel schon vor dem Ablaufe der peremtorischen Frist hätte vorbringen sollen. — Wo aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, da gilt auch jene Regel nicht. Sie ist also insbesondere unanwendbar, 1) wenn der Gegenbeweis auf

solche Thatsachen gerichtet war, welche nur ein von dem Gegner vorgeschlagenes Beweismittel als untüchtig oder verdächtig darstellen sollen, indem hier das Thema der Antireprobation nicht mit dem ursprünglichen Beweissatze zusammenfällt, sondern einen neuen Umstand enthält, dessen Erprobung durch die Präclusion eines weiteren Beweises über den ursprünglichen Satz nicht ausgeschlossen werden kann;

c. 49. X. 2. 20.

und 2) aus dem nämlichen Grunde auch dann, wenn der Gegenbeweis nur auf die Prämissen einer Vermuthung gerichtet war.

Ja selbst in dem Falle, wenn der Gegenbeweisführer unmittelbar das Contrarium des Beweissatzes darzuthun sucht, ist die angeführte Regel nicht anwendbar, wenn zur Antretung des Beweises keine peremtorische Frist bestimmt war, weil es in diesem Falle dem Probanten frei steht, zu seinem ursprünglichen Beweisantritte auch später noch Nachträge zu liefern. Aus diesem Grunde muß wider einen Gegenbeweis gegen eine Rechtsvermuthung, die sich schon in dem Laufe des ersten Verfahrens wirksam herausgestellt hatte, immer noch ein Gegenbeweis zugelassen werden.

Nur eine Bemerkung ist noch beizufügen. Nach der Vorschrift des c. 49. X. 2. 20. kann nämlich zwar nicht bloß die persönliche Glaubwürdigkeit der von dem Beweisführer vorgeschlagenen Zeugen durch Gegenbeweiszeugen angefochten, sondern auch die Glaubwürdigkeit dieser Letzteren wieder durch Gegenbeweiszeugen angegriffen werden; aber eine noch weitergehende Reprobation ist wegen der dadurch entstehenden Proceßverzögerung untersagt, obgleich sie aus allgemeinen Gründen zugelassen werden müßte.

Aus dieser Bestimmung des canon. Rechts haben nun Einige den allgemeinen Satz ableiten wollen, daß nicht die reprob. reprob., sondern nur ein Gegenbeweis gegen die reprob. reprob. unstatthaft sey.

Collmann a. a. O. S. 77.

Andere glaubten aber in dieser Vorschrift auch eine positive Stütze für die Regel reprob. reprob. non datur zu finden. Allein gegen die erste Auslegung spricht der Umstand, daß in c. 49. cit. nicht von dem Gegenbeweise überhaupt, sondern nur von dem Gegenbeweise contra *personas testium* gehandelt wird.

Die zweite Auffassung würde aber nur dann zutreffen, wenn man den Beweis der persönlichen Unglaubwürdigkeit der gegentheiligen Zeugen nicht selbst schon als einen Gegenbeweis, sondern als einen neuen, primitiven Beweis ansähe.

Vgl. über das Ganze:

Collmann a. a. O. S. 77.

Linde, Abh. S. 71 flg. (s. aber denselben in seiner Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XI. S. 149. not. 1.)

Mittermaier im Archiv VI. S. 354.

Wohlfarth, über den Satz: reprob. reprob. etc. München 1826.

Schmid, Hdb. II. S. 141 flg.

Fitting S. 67.

Bolgiano a. a. O. S. 142.

Martin, Lehrb. 13. Aufl. §. 135 not. e. und die dort Angeführten.

Von der Frist zur Antretung des Gegenbeweises wird später die Rede seyn.

B. Feierlicher und nicht feierlicher Beweis.

§. 238.

Diese Unterscheidung bezieht sich auf das Verfahren bei der Herstellung des Beweises. Werden nämlich alle Formen hiebei beobachtet, welche dem Beweisverfahren im ordentlichen Processe in Folge gesetzlicher Vorschriften oder des Gerichtsgebrauches eigen sind, so nennt man den Beweis einen feierlichen. Werden aber (wie im summarischen Processe) einige dieser Formen hinweggelassen oder abgeändert, so heißt der Beweis ein unfeierlicher.

Für den letzteren wird gewöhnlich auch der Ausdruck „Bescheinigung" gebraucht; aber mit Unrecht. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß die Bescheinigung nicht an die Formen des ordentlichen Beweisverfahrens gebunden ist, so kann doch keineswegs jede minder förmliche Beweisführung eine Bescheinigung genannt werden. Das Eigenthümliche in dem Begriffe der Bescheinigung besteht vielmehr darin, daß dieselbe auch in objectiver und materieller Beziehung nicht unter den positiven Bestimmungen der gewöhnlichen Beweistheorie steht, sondern nur auf solchen allgemeinen Gründen beruht, welche schon im gewöhnlichen Leben irgend eine Behauptung einem verständigen und erfahrenen Manne glaubwürdig und wahrscheinlich machen können. Die positive Beweistheorie bestimmt nämlich ein gewisses durch äußerliche Merkmale erkennbares Maß von Wahrscheinlichkeit, ohne dessen Erfüllung der Richter nicht befugt ist, zu urtheilen, gesetzt auch, daß er individuell von der Wahrheit der in Frage stehenden Behauptung vollkommen überzeugt wäre: bei dessen Erfüllung er aber verpflichtet ist, zu urtheilen, obgleich

er sich vielleicht individuell noch nicht für überzeugt hält. Der Bescheinigung ist aber ein solcher äußerer Maßstab fremd. Hier kommt es bloß darauf an, ob der Richter unter den gegebenen Verhältnissen die Behauptung einer Partei persönlich für glaubwürdig hält oder nicht. Die Bescheinigung ist daher nicht eine Art des juristischen Beweises im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern ein für sich bestehendes, exceptionelles Institut.

Die einzelnen Fälle, in welchen eine bloße Bescheinigung genügt, müssen in der Entwickelung des Systems bezeichnet werden. Sie lassen sich jedoch unter den allgemeinen Gesichtspunkt bringen, daß eine Bescheinigung überhaupt dann zulässig ist, wenn die erbetene richterliche Verfügung nicht die definitive Entscheidung des materiellen Streitverhältnisses zum Zwecke hat, und daher selbst im Falle einer Täuschung keinen bleibenden Nachtheil für den Gegner hervorbringt. — Unter dieser Voraussetzung findet aber eine Bescheinigung nicht bloß in dem summarischen, sondern auch im ordentlichen Verfahren statt.

Als Mittel zur Herstellung einer Bescheinigung können nicht bloß alle gewöhnlichen Beweismittel benützt werden, sondern unter Umständen auch der Calumnieneid. Die Wirkung der gewöhnlichen Beweismittel hat jedoch hier der Richter nicht nach hierüber bestehenden positiven Regeln, sondern nach freiem Ermessen zu bestimmen. Je weniger übrigens die in Folge eines bescheinigten Antrages zu treffende Verfügung dem Gegner des Antragstellers präjudicirt, desto leichter darf es der Richter mit der Bescheinigung selbst nehmen.

S. über die ganze Lehre:

W. H. Puchta in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. Bd. I. S. 293 flg.

Brauer im Arch. f. civ. Prax. XXV. 11.

Schmid, Hdb. II. §. 119.

Vorzüglich aber:

Wetzell, Syst. I. §. 29. S. 184 flg.

Eine sehr sorgfältige und ausführliche Bearbeitung dieser Lehre mit Rücksicht auf das bayerische Recht enthält die Abhandlung von Otto Kleiner: Ueber die Bescheinigung u. s. w. Regensburg 1855.

Die Quelle dieses Instituts ist schon das Römische Recht, welches für diese minder gründliche Untersuchung einer Sache den Ausdruck „summatim cognoscere“ gebraucht.

Vergleiche darüber:

v. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. VI. S. 229—239.

Briegleb, Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos. Erlang. 1853.

Wetzell in den krit. Jahrb. für d. R. W. 1848. S. 769 flg.

Fortsetzung.

§. 239.

Außer den bisher angeführten ist noch zu bemerken:

1) die Unterscheidung zwischen schleunigem und langsamem Beweis. Dieser Gegensatz bezieht sich aber nicht darauf, ob etwa zufällig einmal eine Beweisführung kürzer oder länger dauert, sondern auf die eigenthümliche Natur der einzelnen Beweismittel, gemäß welcher es bei einigen derselben möglich ist, und selbst die Regel

bildet, daß durch sie schnell die erforderliche Ueberzeugung bewirkt wird, während dieses bei anderen der Fall nicht ist. In die erste Classe gehören unstreitig Urkunden und der Augenschein, in die zweite Zeugen, Sachverständige und wohl auch die Eidesdelation. Praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung aus dem Grunde, weil gewisse Proceßmittel durch die Herstellung eines schnellen Beweises bedingt sind, z. B. proceßhindernde Einreden.

Gensler, Comm. S. 241.
v. Gönner, Hdb. II. 51.
Mev. VIII. 315.

2) Die Unterscheidung zwischen vollständigem und unvollständigem Beweise (prob. plena und minus plena), bei welch letzterem dann wieder unterschieden wird zwischen halbem, und mehr oder weniger als halbem Beweise. Diese Eintheilung bezieht sich auf den Grad der durch die Beweisführung hervorgebrachten richterlichen Ueberzeugung, und kommt vorzüglich bei der Anwendung der nothwendigen Eide, des Erfüllungs- und Reinigungseides in Betracht, bei deren Erklärung auch das Nähere darüber, und insbesondere über die Haltbarkeit der Unterabtheilungen des unvollständigen Beweises bemerkt werden wird.

3) Die Eintheilung in ordentlichen und außerordentlichen Beweis. Dieser Unterscheidung liegt die Rücksicht auf den Zeitpunkt zu Grunde, in welchem der Beweis angetreten wird. Geschieht dieses innerhalb der gesetzlich oder richterlich angeordneten Beweisfrist, so nennt man den Beweis einen ordentlichen; außerdem einen außerordentlichen. Zu den außerordentlichen Beweisführungen gehört insbesondere die anticipirte, von welcher schon früher die Rede war (s. oben S. 755), und die Beweisführung zum immerwährenden Gedächtniß (pro-

batio in perpetuam rei memoriam), von welcher im folgenden Paragraph ausführlicher zu handeln ist.

4) Ueber den Unterschied zwischen natürlichem (directem oder unmittelbarem) und künstlichem (indirectem oder mittelbarem) Beweise s. oben S. 716 flg. und

Schmid, Hdb. II. S. 145 flg.

Von dem Beweise zum immerwährenden Gedächtniß.

§. 240.

In der Regel soll ein Zeugenverhör nicht eher statt finden, als bis es nach der Ordnung des Verfahrens Zeit dazu ist. Es kann sich jedoch ereignen, daß ein längerer Aufschub des Verhörs entweder mit der Gefahr des gänzlichen Verlustes der Zeugen, oder doch wenigstens einer bedeutenden Erschwerung des Gebrauches derselben verbunden seyn würde, und für diesen Fall muß den Parteien ein entsprechendes Mittel zur Abwendung der vorhandenen Gefahr gegeben seyn. Nach dem Pandektenrechte scheint nun dieses Mittel darin bestanden zu haben, daß man die Einleitung des Processes selbst vor der Zeit gestattete, die Vollziehung des Urtheils aber bis zu dem entsprechenden Zeitpunkte suspendirte.

Fr. 40. D. 9. 2.

Vgl. Fr. 32. §. 1. D. 47. 2.

Fr. 3. §. 5. D. 37. 10.

Heffter, Instit. S. 527.

Linde, Abh. II. Bd. S. 3 u. 4.

G. A. Wirsing, der Beweis zum ewig. Gedächtn. Würzb. 1847. §. 5.

Dr. Wilh. Langenbeck, die Beweisführung im bürg. Rechtsstr. XXI. S. 903 flg.

Aus der Nov. 90 c. 9. ist zwar gefolgert worden, daß man sich späterhin mit dem Gesuche um Abhörung von Zeugen, deren man sich in einer Sache bedienen wollte, auch an die Obrigkeit wenden konnte, ohne gerade den ganzen Proceß selbst anticipiren zu müssen.

Heffter a. a. O.

Allein die Worte des Gesetzes bieten hiezu keinen genügenden Anhaltspunkt dar.

Wirsing a. a. O. S. 12.

Auf jeden Fall ist es aber nach canonischem Rechte, — welches sich übrigens hiebei irrthümlich auf das Römische beruft (c. 4. X. 2. 30.), außer Zweifel, daß bei dem Vorhandenseyn einer Gefahr der angegebenen Art zu jeder Zeit, — auch noch vor dem Beginne des Processes auf ein gerichtliches Zeugenverhör angetragen werden darf, und hierin besteht die s. g. probatio in perpetuam rei memoriam.

c. 5. X. 2. 6.

c. 41. X. 2. 20.

Vgl. D. A. v. 1600. §. 28. 83. 125.

Ueber den Unterschied zwischen dieser probatio und dem anticipirten Beweise im engeren Sinne des Wortes siehe

Linde a. a. O. S. 66.

Die genaueren Bestimmungen über den Beweis zum immerwährenden Andenken sind folgende:

1) Wer darauf anträgt, muß anführen und bescheinigen, daß ein längerer Aufschub des Verhörs mit einer Gefahr hinsichtlich des Gebrauches der zu vernehmenden Zeugen verbunden seyn würde. Krankheit, hohes Alter und eine bevorstehende lange Abwesenheit der Zeugen sind

Gründe, deren Erheblichkeit gesetzlich anerkannt ist. Sie sind jedoch keineswegs die einzigen, sondern der Richter kann diesen außerordentlichen Beweis auch aus anderen Gründen zulassen, wenn ihm dieselben bedeutend genug zu seyn scheinen.

c. 5. X. 5. 6.
c. 4. X. 2. 30.
R. A. v. 1600. §. 125.

Das Daseyn einer Gefahr ist übrigens die einzige, aber allgemeine Bedingung der Zulässigkeit dieses Beweises.

Einige Rechtslehrer unterscheiden zwar in dieser Hinsicht den Kläger und den Beklagten, oder vielmehr die Personen, welche in Zukunft die eine oder die andere Partei-Rolle zu übernehmen haben werden. Dem, der künftig belangt zu werden besorgt, gestatten sie die probatio in perpetuam rei memoriam vor der Anstellung der Klage wider ihn ohne alle Einschränkung; d. h. sie fordern von ihm nicht die Bescheinigung einer besonderen Gefahr, sondern glauben, daß für ihn schon darin Gefahr genug liege, daß er warten müsse, bis es seinem Gegner gefällig seyn werde, den Proceß gegen ihn anzufangen. Nach erhobener Klage setzten sie aber bei dem Beklagten nur voraus, daß es nicht an ihm liege, daß es nicht sogleich zur ordentlichen Beweisführung kommen könne.

Nur der Kläger soll daher verbunden seyn, seinen Antrag auf eine prob. in perp. rei mem. durch Bescheinigung einer besonderen Gefahr zu unterstützen; ja bei ihm soll selbst dieß noch nicht hinreichen, sondern er soll außerdem noch, — wenn er vor Anstellung der Klage in perp. rei mem. beweisen will, — auch außer Stand gesetzt seyn, die Klage selbst sogleich zu erheben

(indem er ja sonst die Gefahr schon hierdurch abwenden könne); nach angestellter Klage aber durch Ungehorsam des Beklagten, oder andere unverschuldete Umstände verhindert seyn, das ordentliche Zeugenverhör zu bewerkstelligen.

Gesterding, Nachforsch. II. Bd. S. 334—343.

Vgl. Danz, Grunds. des ord. Proc. S. 466.

Allein diese Unterscheidungen sind durch die Gesetze, auf welche man sich deßhalb beruft, keineswegs hinreichend unterstützt. Das Röm. Recht (s. oben, besonders Nov. 90. c. 9.), auf welches sich übrigens das canonische Recht ausdrücklich bezieht (c. 4. X. 2. 30), läßt den Unterschied der Parteien gänzlich unberührt; — das canon. Recht aber spricht im c. 4. X. 2. 30. ebenfalls ganz allgemein; — c. 41. X. 2. 20. ist nur von den Glossatoren auf den Beklagten allein gedeutet worden; — die Stelle selbst nennt ihn nicht. Endlich c. 5. X. 2. 6. spricht zwar von dem Kläger; allein die Worte: seu pars conventa sit contumax etc. müssen ihrer Stellung nach keineswegs so verstanden werden, als ob sie eine Bedingung der Zulässigkeit der prob. in perp. mem. ausdrücken sollten.

S. Linde, Abh. II. S. 11—22.

Wirsing a. a. O. S. 57—67.

2) Hinsichtlich des zu beobachtenden Verfahrens ergibt sich aus c. 41. X. 2. 20, daß auch die Gegenpartei zur Theilnahme an dem Zeugenverhöre vorgeladen werden muß, um derselben zur Ausübung der ihr sonst gebührenden Mitwirkung und Controle Gelegenheit zu verschaffen.

Sollte jedoch wegen dringender Gefahr und Abwesenheit des Gegners diese Ladung nicht thunlich seyn, so soll ihm wenigstens binnen Jahresfrist davon Nachricht

gegeben, oder, — wenn der zur Klage Berechtigte es war, welcher die prob. in perp. mem. erwirkt hatte, von diesem die Klage selbst binnen eines Jahres von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo sie angestellt werden konnte, wirklich angestellt werden.

c. 5. X. 2. 6.

Linde a. a. O. S. 23—27.

Das canonische Recht spricht in der so eben citirten Stelle freilich zunächst nur von dem Kläger. Da jedoch das Recht der Mitwirkung bei dem Verhöre der gegentheiligen Zeugen dem Kläger eben so wohl als dem Beklagten gebührt, und da die Berücksichtigung dieses Rechtes das Motiv zu jener beschränkenden Vorschrift bildete, so darf wohl ohne Bedenken angenommen werden, daß auch der Beklagte verbunden ist, dem Kläger binnen Jahresfrist von der Beweisaufnahme Nachricht zu geben, wenn der Letztere ohne sein Verschulden zum Verhöre selbst nicht geladen werden konnte.

Linde a. a. O. S. 28—30.

Wirsing a. a. O. S. 72 flg.

Die Unterlassung dieser nachträglichen Denunciation raubt dem aufgenommenen Beweise alle Kraft.

c. 5. X. 2. 6.

3) Ueber das Verhör selbst und über die Aussagen der Zeugen wird, wie gewöhnlich, eine gerichtliche Urkunde (Rotulus) ausgefertigt, und diese bleibt versiegelt in gerichtlicher Verwahrung, bis etwa in der Folge der Producent wirklichen Gebrauch davon machen will.

Auf Beweislast und Beweisthema im künftigen Hauptprocesse hat übrigens die prob. in perp. mem. keinen Einfluß, und es steht dem Producenten auch frei, in dem künftigen Processe, — (in welchem er sich bei der ordentlichen Beweisantretung auf die frühere Beweisaufnahme

beziehen muß) über dieselben Thatsachen neue Beweismittel in Vorschlag zu bringen.

Da übrigens nach gemeinem Rechte angenommen wird, daß die Zeugen durch die wirkliche Production gemeinschaftliche Beweismittel werden, so muß man consequent auch dem Producten die Befugniß einräumen, auf die Eröffnung des Rotulus anzutragen.

Heffter, Instit. S. 529.

Linde a. a. O. S. 40 oben.

Wohl aus diesem Grunde ist in den Reichsgesetzen

D. A. v. 1600. §. 28.

vorgeschrieben, daß die Attestationes dem Producenten nur dann wieder herausgegeben werden sollen, wenn er einen Schein von dem judex litis pendentis beibringen würde, daß die Sache wirklich anhängig sey, und daß man des Rotulus bedürfe, oder daß der Gegner selbst damit zufrieden sey.

4) Die Frage, bei welchem Gerichte der Antrag auf eine Beweisführung zum immerwährenden Andenken gestellt werden müsse, ist in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschieden, wird aber gewöhnlich dahin beantwortet, daß man jenes Gericht anrufen müsse, welches für die Hauptsache competent sey.

Nur dann, wenn die Gefahr so dringend ist, daß der competente Richter nicht mehr angerufen werden kann, läßt man eine Ausnahme zu.

Boehmer, J. E. P. lib. II. Tit. VI. §. 11 u. 12.

Gesterding a. a. O. S. 346 flg.

5) Das canonische Recht handelt von dem Beweise zum immerwährenden Gedächtniß zunächst nur in Beziehung auf Zeugen. Da jedoch der innere Grund, durch welchen sich das canonische Recht zur Aufnahme dieses anomalen Instituts bewogen fand, nämlich die Gefahr,

späterhin den nöthigen Beweis nicht mehr führen zu können, nicht bloß bei Zeugen, sondern auch bei anderen Beweismitteln eintreten kann, so entsteht die Frage, ob eine analoge Ausdehnung der prob. in perp. rei mem. zulässig ist, oder nicht?

In Beziehung auf Urkunden, von welchen zu befürchten steht, daß sie Alters halber, oder wegen anderer Zufälle in Bälde unleserlich und unbrauchbar werden könnten, hat das canonische Recht in dieser Hinsicht selbst einige Vorsorge getroffen. Im

c. 4. X. 2. 30.

ist nämlich die Zusicherung ertheilt, daß der Papst Urkunden über von ihm verliehene Privilegien, wenn rücksichtlich derselben die angedeutete Gefahr eintreten sollte, erneuern (innovare) wolle. In

c. 16. X. 2. 22.

ist aber verordnet, daß, wenn der Inhaber einer Urkunde propter vetustatem vel aliam justam causam eine öffentlich beglaubigte Abschrift derselben (exemplar) verlangen würde, das Original dieser Urkunde dem Ordinarius, oder dessen Delegaten vorgelegt, von diesem sorgfältig geprüft, und, wenn es vollkommen fehlerfrei befunden würde, einer publica persona (Notar, tabellio) zur Fertigung einer Abschrift übergeben werden soll. Dabei ist ausdrücklich bemerkt, daß ein solches exemplar „eandem auctoritatem cum originali“ haben soll.

Diese Anordnungen waren nun allerdings, wie im c. 4. X. 2. 30. auch ausdrücklich bemerkt wird, durch dieselben Motive veranlaßt, welche den Vorschriften über die prob. in perp. mem. bei Zeugen zum Grunde lagen. Allein mit Recht ist bemerkt worden, daß das hier vorgeschriebene Verfahren nicht als eine analoge Ausdehnung des Verfahrens bei dem Zeugenbeweise zum ewigen

Gedächtniß betrachtet werden könne, weil im c. 16 X. 2. 22. von der Beiziehung der Interessenten gar keine Erwähnung geschieht, wie bei dem Zeugenbeweise in perp. mem.

v. Linde, Abh. II. S. 30 flg.

Selbst der Ausdruck „innovatio" im c. 4. X. 2. 30. könnte nur auf den ursprünglichen Aussteller der Urkunde bezogen werden, welcher aber nicht nothwendig auch der künftige Proceßgegner seyn muß, dessen Vorladung doch bei dem Zeugenbeweise für nothwendig erklärt ist. Auch kommt von einer denunciatio intra annum hier nichts vor, wie bei dem Zeugenbeweise.

Bei öffentlichen Urkunden mag nun zwar dieses canonisch rechtliche Exemplificationsverfahren als ein Aequivalent der prob. in perp. mem. betrachtet werden, weil öffentliche Urkunden (auch exemplificirte) der Diffession nicht unterliegen. Bei Privaturkunden kann aber dieses nicht angenommen werden, weil bei Privaturkunden, wenn sie in einem Rechtsstreite wirklich beweisen sollen, die Recognition von Seite des Proceßgegners nothwendig ist, dieser aber die Erklärung über die Aechtheit ohne Nachtheil verweigern kann, wenn ihm nicht das wirkliche Original, sondern nur eine — wenn gleich beglaubigte Abschrift vorgelegt wird. — Nur dann, wenn auch der künftige Proceßgegner unter dem Rechtsnachtheile der Recognition zu jenem Exemplificationsverfahren vorgeladen werden müßte, — was freilich die praktischen Schriftsteller nach

J. H. Boehmer, J. E. P. II. 22. §. 5. u. 6.

aber ohne gesetzliche Rechtfertigung annehmen, würde man dieses Verfahren als eine wirkliche prob. in p. m. ansehen dürfen.

Vergleiche hierüber:

v. Linde a. a. O. und

Wirsing a. a. O. S. 35—45.

Was aber die Zuschiebung des Haupteides zum immerwährenden Gedächtniß betrifft, so läßt sich zwar auch hier ein Fall denken, in welchem der Beweisführer in Gefahr stünde, dieses Beweismittel — (wenigstens in seiner wirksamsten Richtung auf die Ableistung eines Eides de veritate) durch längeren Aufschub zu verlieren. Da jedoch nach allgemeinen Proceßgrundsätzen Niemand verpflichtet ist, außer der Ordnung des Verfahrens, oder wohl gar schon vor dem Beginne des Rechtsstreites einer arctatorischen Ladung zur Erklärung über eine beliebige Eidesdelation Folge zu leisten; eine gesetzliche Ausnahme von diesen Grundsätzen aber hier in den Gesetzen noch weniger, als bei Urkunden nachgewiesen werden kann, so ist gewiß die Ansicht Derjenigen richtiger, welche eine analoge Ausdehnung der prob. in p. m. auf die Eidesdelation verwerfen.

Wirsing a. a. O. S. 45 flg.

Dagegen unterliegt diese Ausdehnung keinem Bedenken in Bezug auf den Beweis durch Sachverständige, wegen der Aehnlichkeit dieses Beweises mit dem Zeugenbeweise; und die Vornahme eines Augenscheines zum immerwährenden Andenken wird gleichfalls allgemein als zulässig erkannt.

v. Linde a. a. O. S. 34 flg.

Wirsing S. 34 flg.

Von den Beweisgründen im Allgemeinen.

§. 241.

Eine vollkommene Ueberzeugung von der Wahrheit einer thatsächlichen Behauptung könnte der Richter nur auf zweifache Art erlangen, nämlich entweder a) durch unmittelbare, eigene sinnliche Wahrnehmung der Thatsache selbst, auf welche die Behauptung gerichtet ist (Augenschein); oder b) durch eigene Wahrnehmung einer anderen Thatsache, welche jedoch zu der zu beweisenden in einem solchen Verhältnisse stünde, daß von der ersteren mit stringenter Nothwendigkeit auf die Gewißheit der letzteren geschlossen werden müßte. Im Gebiete des Civilprocesses sind jedoch diese beiden Ueberzeugungsmittel nur selten anwendbar, weil die Thatsachen, auf welchen streitig gewordene Ansprüche beruhen, gewöhnlich schon der Vergangenheit angehören, und daher den Augenschein, der nur auf Erscheinungen der Gegenwart beschränkt ist, ausschließen. Würde daher das Gesetz dessen ungeachtet die Entscheidung eines Rechtsstreites von dem Vorhandenseyn einer solchen vollkommenen Ueberzeugung des Richters abhängig machen, so würden die meisten Processe gar nicht entschieden werden können, und die unvermeidliche Folge eines solchen Zustandes würde die Selbsthülfe seyn. Diesem Mißstande kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß auch schon ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit für hinreichend erklärt wird, um ein Urtheil in einer streitigen Sache sprechen zu können (formelle Wahrheit).

Die Gründe, durch welche eine solche Wahrscheinlichkeit hervorgebracht werden kann, beruhen theils auf der

Erfahrung, theils auf den Gesetzen der Logik, und sind — an sich betrachtet — im Gebiete des gerichtlichen Verfahrens keine anderen, als im gewöhnlichen Leben.

Nur in folgenden Beziehungen enthält das gemeine Recht eigenthümliche positive Vorschriften:

1) in Ansehung der Bedingungen, unter welchen jeder dieser Gründe geltend gemacht werden darf;

2) in Ansehung der Formen, welche bei der Geltendmachung beobachtet werden müssen; und vorzüglich

3) in Ansehung der Frage, ob der durch die Benützung dieser Gründe in einem concreten Falle erzeugte Grad von Wahrscheinlichkeit zur Rechtfertigung eines Definitivurtheils in der Streitsache selbst hinreiche oder nicht?

Bezüglich dieser letzten Frage hat nämlich die Gesetzgebung die Wahl zwischen folgenden zwei grundsätzlichen Bestimmungen. Sie kann entweder

1) die Beantwortung dieser Frage in jedem einzelnen Falle dem freien individuellen Ermessen der Richter überlassen (Grundsatz der Institution der s. g. Schwurgerichte); oder sie kann

2) dem Richter vorschreiben, daß er unter gewissen, objectiv erkennbaren Voraussetzungen verurtheilen müsse, ohne das Daseyn dieser Voraussetzungen aber nicht verurtheilen dürfe.

Dieses zweite System nun, welches man (nicht sehr passend) „Beweistheorie" zu nennen pflegt, hat im gemeinen deutschen Proceßrechte (wenigstens in vorherrschender Eigenschaft, und abgesehen von den Fällen, in welchen eine Bescheinigung hinreicht) Eingang gefunden.

Die Frage, welches von beiden Systemen den Vorzug verdiene, hat in der neuesten Zeit, insbesondere im Gebiete des Strafprocesses (in welchem die Frage auch eine politische Seite darbietet) sehr lebhafte Erörterungen

hervorgerufen. In Bezug auf den Civilproceß, welcher sich zunächst nur auf die Privatrechte bezieht, ist zwar die Polemik gegen das bestehende Recht nicht so eifrig betrieben worden. Indessen hat es doch nicht an einzelnen Stimmen gefehlt, welche auch für die Civilrechtspflege das wahre Heilmittel nur in der Anwendung der Schwurgerichte finden zu können glaubten.

G. Hase, über die Anwendung von Geschwornen, namentlich im Civilproc. Weimar 1849.

J. C. Hagens, über die Einführung der Geschwornen für Civil- und Criminalsachen. Paderborn 1848.

Wenn man jedoch erwägt, daß die Entscheidung der That- **und der Rechtsfrage** in einem Civilprocesse bei der gegenwärtigen Beschaffenheit des positiven Civilrechts in Deutschland einem aus rechtsunkundigen Personen zusammengesetzten Schwurgerichte nicht überlassen werden kann; die Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage aber in Civilstreitigkeiten noch ungleich schwieriger werden kann, als in Criminalsachen; — so stellt sich die Einführung eines volksthümlichen Schwurgerichts in diesem Gebiete jedenfalls als unausführbar dar. — Aber selbst unter Beibehaltung rechtsgelehrter Richter würde die gänzliche Verwerfung jeder bindenden Beweistheorie mit Uebelständen verbunden seyn, welche kaum geringer anzuschlagen wären, als die mit dem gegenwärtigen Systeme verbundenen. Denn wenn auch nicht geläugnet werden kann, daß dem letzteren zufolge der Richter zuweilen ohne volle individuelle Ueberzeugung verurtheilen, oder gegen seine persönliche Ueberzeugung lossprechen muß, so ist auf der anderen Seite zu bedenken, daß eine gänzliche Befreiung des richterlichen Urtheils in Ansehung der Beweisfrage bei der Verschiedenheit der intellectuellen und

moralischen Eigenschaften der einzelnen Richter, — und bei der Verschiedenheit selbst der individuellen Stimmungen eines und desselben Richters unter zufällig veränderten Umständen unvermeidlich eine Ungleichförmigkeit der Rechtsprechung zur Folge haben würde, welche im Allgemeinen die Ehrfurcht gegen das Richteramt noch mehr zu erschüttern geeignet wäre, als die einzelnen Consequenzen der bestehenden formellen Beweistheorie, auf welche vollkommen anwendbar ist, was Just. Möser über das formelle Recht überhaupt ausspricht.

A. D. Weber, über die Verbindl. zur Beweisf. I. 6. S. 10.

Vorzügl. aber Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. XXXI. S. 388 flg.

J. Möser, patriot. Phantas. IV. S. 113 flg.

Wetzell, Syst. I. §. 21.

Classification der Beweisgründe.

§. 242.

Wenn man von den Bedingungen der Anwendbarkeit der einzelnen Beweisgründe, sowie von dem Grade ihres möglichen Einflusses auf die Ueberzeugung des Richters abstrahirt, so kann man diese Gründe auf folgende Art übersichtlich zusammenstellen:

A. Eine directe Ueberzeugung von der Wahrheit einer thatsächlichen Behauptung kann der Richter erhalten

a) schon nach dem allgemeinen Gesetze der menschlichen Natur — dadurch, daß er die Thatsache mit

eigenen Sinnen wahrnimmt, auf welche die Behauptung gerichtet ist (Augenschein);

b) in Folge der Bestimmungen des positiven Rechts aber außerdem auch noch

1) dadurch, daß diejenige Partei, zu deren Nachtheil eine Behauptung im Rechtsstreite benützt werden kann, die Wahrheit derselben (entweder wirklich oder in Folge einer rechtlichen Fiction) selbst einräumt (Geständniß); oder,

2) daß die Partei, welche eine Behauptung zu ihrem eigenen Vortheile aufgestellt hatte, die Wahrheit derselben eidlich bekräftigt (Eid); oder endlich,

3) daß dritte Personen, welche die behauptete Thatsache wahrgenommen haben, das Resultat ihrer Wahrnehmung dem Richter in gesetzlicher Form mittheilen (Zeugenbeweis).

B. Indirect kann aber eine Behauptung dem Richter gewiß oder glaubwürdig werden, wenn er durch die bisher aufgezählten Beweisgründe zwar nicht von der Wahrheit der behaupteten Thatsache selbst, sondern einer anderen überzeugt worden ist, wenn aber von dieser anderen Thatsache auf die Wahrheit der behaupteten ein Schluß gezogen werden kann (Schlußfolgerung); sey es nun, daß der Richter selbst im Stande ist, diesen Schluß zu ziehen, oder daß er sich hiezu anderer, zu diesem geistigen Geschäfte befähigter Personen bedienen muß (urtheilende Sachverständige).

Die einzelnen Beweisgründe sind demnach: Augenschein, Geständniß, Eid, Zeugenaussagen und Schlußfolgerungen.

Urkunden sind eigentlich selbst kein Beweisgrund, sondern nur eine besondere Ausdrucksform eines Beweisgrundes, z. B. eines Geständnisses, eines Zeugnisses, eines Gutachtens, oder die in bleibender Form fixirte Manifestation eines Willensactes (z. B. eine Testamentsurkunde).

Von den einzelnen Beweisgründen soll nun ausführlicher gehandelt werden.

Da jedoch von dem Geständnisse, sowie von dem indirecten Beweise durch Schlußfolgerungen (mit Ausnahme der Gutachten Sachverständiger) schon früher die Rede war, so wird sich der folgende Vortrag nur auf den Beweis durch Zeugen, Augenschein, Sachverständige und Eid beschränken. Die Lehre von dem Urkundenbeweise scheint am zweckmäßigsten nach der Erläuterung derjenigen Beweisgründe eingeschaltet zu werden, welche in urkundlicher Form hervortreten können.

Auch wird in der zunächst folgenden Darstellung nur von der materiellen Eigenthümlichkeit der genannten Beweise (also von dem Begriffe, den Bedingungen ihrer Zulässigkeit und ihrer vollen Wirksamkeit), nicht auch von der Form des dabei zu beobachtenden Verfahrens die Rede seyn, welche zweckmäßiger einer gesonderten Darstellung vorbehalten bleibt.

I. Vom Zeugenbeweise.

Begriff und Wesen dieses Beweises.

§. 243.

Zeuge im weitesten Sinne ist Jeder, der ein Ereigniß, eine Handlung oder den Zustand und die Eigenschaften einer Sache mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat. Im Civilprocesse wird jedoch von Zeugen nur im Gegensatze und mit Ausschließung des Richters und der Parteien gesprochen. Denn hat der Richter selbst in amtlicher Eigenschaft etwas wahrgenommen, so bezeichnet man diese Wahrnehmung durch den Ausdruck „Augenschein"; die Angaben der streitenden Theile aber sind entweder Geständnisse oder unglaubwürdige Asserte, heißen aber nie Zeugnisse, gesetzt auch, daß sie sich auf eigene sinnliche Wahrnehmung gründen sollten. Zeugen im processualischen Sinne sind daher dritte Personen, außer dem Richter und den Parteien, welche dem Richter Dasjenige mittheilen, referiren, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen haben.

Das Geschäft der Zeugen beschränkt sich übrigens bloß darauf, das Wahrgenommene treu mitzutheilen, und dadurch unterscheiden sie sich von den urtheilenden Kunstverständigen.

Der Zeugenbeweis ist seiner Natur nach immer ein historischer, d. h. die Aussage der Zeugen bezieht sich jedesmal auf etwas, was entweder schon vorübergegangen, oder wenigstens vor dem Zeitpunkte der wirklichen Ableistung des Zeugnisses wahrgenommen worden ist.

Von der Verbindlichkeit zur Zeugschaftleistung im Civilprocesse.

§. 244.

In der Regel ist Jedermann ohne Unterschied des Standes und des Ansehens verpflichtet, einem Anderen auf Verlangen gerichtliches Zeugniß zu leisten.

Tot. tit. X. 2. 21.

Cfr. c. 16. C. 4. 20.

Fr. 21. §. 1. D. 22. 5.

Selbst die eidlich übernommene Verpflichtung, gegen eine Partei kein Zeugniß leisten zu wollen, gilt nicht als Entschuldigungsgrund.

c. 18 u. 54. X. 2. 20.

Indessen leidet doch diese Regel in doppelter Hinsicht eine Ausnahme. Es gibt nämlich

I. Personen, welche nicht schuldig sind, sich als Zeugen gebrauchen zu lassen, wenn sie nicht selbst wollen, und

II. Solche, die in gewissen Fällen nicht einmal Zeugniß leisten *dürfen*, wenn sie auch wollten.

ad I. In die erste Classe gehören nach einer allgemein angenommenen Ausdehnung des

Fr. 4. u. 5. D. 22. 5. und

Fr. 10. pr. D. 38. 10.

auf den Civilproceß die nächsten Blutsverwandten bis zum siebenten Grade einschlüssig, — Stiefeltern und Stiefkinder, Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Eheleute und Verlobte, welche alle zwar *für einander* ein (freilich nur verdächtiges) Zeugniß leisten können, aber nicht schuldig sind, *gegen einander* zu zeugen.

Außerdem gehören noch hierher *Vasallen* in Sachen des Lehenherrn,

F. II. c. 33.

und Solche, die de propria turpitudine aussagen müßten.

J. R. A. §. 53.

Nach Römischem Rechte waren auch hohes Alter, Krankheit, Kriegsdienst und Abwesenheit in Diensten des Staats Entschuldigungsgründe,

Fr. 8. D. 22. 5.

welche aber jetzt, bei der Möglichkeit, die Vernehmung durch Deputation oder auf dem Wege der Requisition zu bewerkstelligen, nicht mehr berücksichtigt werden.

Glück, Comment. Thl. XXII. S. 182.

Wetzell, Syst. I. S. 132.

Dagegen werden nach der Analogie der in Fr. 4 u. 5. D. 22. 5. enthaltenen Vorschrift jetzt auch Advocaten in Sachen ihrer Clienten, und Vormünder in Sachen ihrer Pflegbefohlenen von der Pflicht, Zeugniß zu leisten, freigesprochen.

Vgl. z. B. v. Kreittmayr in den Annot. zum Cod. jud. c. 10. §. 8.

ad II. In die zweite Classe gehören Beichtväter in Ansehung Dessen, was ihnen in der Beichte anvertraut worden ist.

Dist. VI. can. 2. De poenitentia.

c. 13. X. 5. 31.

c. 12. in fin. X. 5. 38.

Mittermaier im neuen Archiv des Crim. R. Bd. VIII. S. 343 flg.

Selbst eine freiwillige Anzeige (Denunciation) von Seite des Beichtvaters ist pflichtwidrig, und verdient keinen Glauben.

A. M. ist gewissermaßen: Andres über das Beichtsiegel im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. II. S. 167.

Vgl. Glück, Comment. Thl. XXII. S. 174. Nr. 1.

G. A. Ackermann, Hommels alph. Zeugenkatalog. Dresden 1843. S. 34.

Eltern und Kinder gegeneinander (wohl aus Rücksicht auf Erhaltung der Familieneintracht),

c 6. C. 4. 20.

(Vgl. jedoch: c. 3. X. 4. 18. c. 22. X. 2. 20.)

und überhaupt Personen, denen es gesetzlich verboten ist, etwas zu entdecken, weßhalb auch nicht bloß öffentliche Beamte, sondern auch Advocaten, insofern sie Amtsgeheimnisse, beziehungsweise anvertraute Geheimnisse ihrer jetzigen oder ehemaligen Clienten verrathen sollten, ja von Einigen selbst Aerzte rücksichtlich der ihnen von dem Patienten mitgetheilten Krankengeheimnisse hieher gezählt werden.

Vgl. jedoch über die Aerzte: Spangenberg in der Zeitschr. von Linde u. Marezoll Bd. III. S. 70 u. flg.; — und über die Advocaten: Fr. 25. D. 22. 5. u. nov. 90. c. 8, dann Linde in s. Zeitschr. Bd. I. S. 283 flg. und Spangenberg a. a. O. S. 75 unt. und S. 76. S. überhaupt noch: Wetzell, Syst. I. S. 128. not. 13.

Wer übrigens als Zeuge aufgerufen wird, kann von dem Producenten Schadloshaltung verlangen.

c. 11. 16. §. 1. C. 4. 20.

c. 11. in fin. in 6to 1. 3.

Erfordernisse des Zeugenbeweises.

§. 245.

Die Erfordernisse eines vollgültigen Zeugenbeweises beziehen sich A) auf die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen, B) auf die Anzahl derselben, C) auf den Grund ihrer Wissenschaft, D) auf die Beschaffenheit ihrer Aussage, und endlich E) auf die Art ihrer Vernehmung.

ad A. Hinsichtlich der persönlichen Glaubwürdigkeit wird vorausgesetzt, daß die Zeugen weder unfähig (inhabiles) noch verdächtig (suspecti) seyen. (Hievon im nächsten Abschnitte besonders.)

ad B. Was die erforderliche Anzahl der Zeugen betrifft, so ist auf jeden Fall gewiß, daß ein Zeuge zur Herstellung eines vollständigen Beweises in der Regel nicht hinreicht. Ja es scheint sogar nach

c. 9. §. 1. C. 4. 20.

daß ein einzelner Zeuge gar nicht zum Verhör zugelassen werden sollte, was jedoch nicht mehr beobachtet wird. Zwei Zeugen konnten aber allerdings schon nach Röm. Rechte,

Fr. 12. D. 22. 5.

und auch nach canonischem, — welches sich hiebei auf Deut. c. 17. und Matth. c. 18. v. 16. beruft,

c. 4. 23. X. 2. 20.

vollen Beweis liefern, und können es auch jetzt noch, wenn nur sonst in keiner Beziehung eine Bedenklichkeit gegen sie obwaltet.

Vgl. Mittermaier im Arch. V. S. 197 flg.

Ausnahmsweise sind übrigens zuweilen mehr als zwei Zeugen nothwendig, sowie umgekehrt manchmal auch der Aussage eines einzigen voller Glaube geschenkt wird. Letzteres ist namentlich dann der Fall, wenn eine Amtsperson Etwas bezeugt, was sie in amtlicher Eigenschaft wahrgenommen oder verfügt hat.

Vgl. Fr. 5. §. 13. D. 27. 9.

c. 21. C. 9. 22.

c. 23. X. 1. 6.

Boehmer, J. E. P. II. 20. §. 22—24.

Historische Nachweisungen hierüber s. in Wetzell, Syst. I. S. 136. not. 74.

Außerdem zählen einige auch den Fall hieher, wenn ein Zeuge über eine eigene Handlung (de facto proprio) deponirt:

Gesterding, Nachf. I. Thl. S. 177 flg. u. II. S. 421.
Frhr. v. Zu-Rhein, Beitr. zur Gesetzgeb. Heft I. S. 34 flg.

oder, wenn ein Zeuge gegen Denjenigen aussagt, welcher ihn selbst producirt hatte.

Allein die erste Behauptung hat kein Gesetz für sich,

Linde in seiner Zeitschr. Bd. III. S. 179 flg.

und die zweite beruht wohl auf einer Verwechslung der Unzulässigkeit von Einwendungen gegen die persönliche Glaubwürdigkeit eines selbst vorgeschlagenen Zeugen (welche übrigens auch nicht unbedingt behauptet werden kann) mit der Verbindlichkeit, einen Zeugen anstatt zweier gelten lassen zu müssen. Diese Verbindlichkeit ist in den Gesetzen nirgendwo als eine Folge des Selbstproducirens ausgesprochen.

Glück, Comm. a. a. O. S. 224 flg.

Daß übrigens ein Zeuge vollständigen Beweis macht, wenn die Gegenpartei ausdrücklich dazu einwilligt, ist zwar richtig, kann aber eigentlich nicht als eine besondere Ausnahme betrachtet werden.

Vgl. über das Ganze: Chr. Heinr. Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen u. s. w. Tübing. 1806.

Mehr als zwei Zeugen, und zwar fünf, werden aber nach einer jetzt freilich nicht mehr beachteten Vorschrift des Röm. Rechts

c. 18. C. 4. 20.
Cfr. Nov. 90. c. 2.

erfordert zum Beweise der Zahlung einer urkundlich einbekannten Schuld, s. darüber: Linde in s. Zeitschrift Bd. I. S. 241 bis 244, welcher diese Vorschrift aus

Gründen der Zweckmäßigkeit auch für eine neue Legislation als empfehlenswerth betrachtet, was jedoch erhebliche Bedenken gegen sich haben dürfte. — Daß bei Errichtung letztwilliger Dispositionen mehr als zwei Zeugen nothwendig sind, wird zwar gewöhnlich als eine nicht in den Proceß gehörige Bestimmung betrachtet. Wenn aber die Disposition bloß mündlich getroffen wurde, so kann dieselbe doch nur durch die eidliche Aussage aller Testamentszeugen vollkommen bewiesen werden.

Puchta, Pand. §. 516. not. c.

Ueber einige andere Fälle s. noch:

Glück, Comm. Bd. XXII. S. 219.

Hassenpflug, kleine Schriften I. S. 117 flg., und diese Vorträge oben S. 396.

ad C. Die Zeugen müssen Dasjenige, was sie bestätigen, mit eigenen Sinnen wahrgenommen haben.

Nov. 90. c. 2.

„*Haec autem*".

c. 15. C. 3. qu. 9.

c. 47. X. 2. 20.

Nur in wenigen Fällen, in welchen testes de proprio sensu nach der Beschaffenheit des zu beweisenden Verhältnisses an sich schon entweder gar nicht, oder nur äußerst schwer zu haben sind, legen die Gesetze auch Zeugen vom Hörensagen einen Werth bei; nämlich

a) bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung, zu dessen Herstellung die Zeugen zwar aus eigener Wahrnehmung bestätigen müssen, daß in dem letzten Menschenalter kein anderer Zustand bestanden habe (weßhalb man auch ein mehr als vierzigjähriges Alter der Zeugen für nöthig hält), — hinsichtlich des früheren Zustandes aber nicht mehr erfordert wird, als die Aussage,

von dazu geeigneten Personen gehört zu haben, daß auch zur Zeit der früheren Generation kein anderer Zustand vorhanden war.

Fr. 28. D. 22. 3.

Fr. 2. §. 8. D. 39. 3.

S. Paul H. J. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Münch. 1835. S. 123—134.

Vergl. übrigens: Wetzell a. a. O. S. 127. not. 4.

b) Bei dem Beweise der Verwandtschaft oder Schwägerschaft in Ehesachen, jedoch nur unter mancherlei Beschränkungen und Cautelen, insofern es auf die Trennung einer schon bestehenden Ehe abgesehen ist.

c. 5 u. 47. X. 2. 20.

Gesterding, Nachforsch. Thl. IV. Abth. 2. S. 110 flg.

Davon abgesehen können aber Zeugnisse vom Hörensagen, sollten deren auch so viele zusammentreffen, daß sie ein Gerücht (fama, rumor viciniae) bildeten, doch nur eine einfache Vermuthung begründen, deren Gewicht der Richter nach den Umständen und in Verbindung mit den etwa sonst noch vorhandenen Beweisen zu bestimmen hat.

Fr. 3. §. 2. D. 22. 5.

c. 13. X. 2. 19.

c. 27. X. 2. 20.

c. 27. X. 4. 1.

c. 5. X. 4. 13.

Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung von Seite mehrerer Zeugen ist übrigens bei dem Beweise permanenter Zustände nicht erforderlich.

ad D. Was den Inhalt und die Beschaffenheit der Aussagen selbst betrifft, so sind darüber folgende Grundsätze zu bemerken:

a) Wenn die Aussagen vollen Beweis machen sollen, so müssen sie sich auf das nämliche Factum beziehen. Selbst dann, wenn das zu beweisende Verhältniß in eine Reihe einzelner Thatsachen aufgelöst worden wäre, welche zusammengenommen das Beweisthema vollständig erschöpften, würde doch dieses nicht als vollkommen erwiesen zu betrachten seyn, insofern jede einzelne Thatsache nur von einem Zeugen bestätigt worden wäre; obwohl nicht zu läugnen ist, daß durch das passende Ineinandergreifen solcher Aussagen die Wahrscheinlichkeit zu einem so hohen Grade gesteigert werden kann, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden darf. Nur dann, wenn die zu beweisende Thatsache in verschiedenen äußeren Erscheinungen, aber in jeder derselben vollständig hervortritt, kann durch die Aussagen von Zeugen, deren jeder über eine andere Erscheinung deponirt, voller Beweis hergestellt werden.

A. M. ist Wetzell a. a. O. S. 136. not. 75. Man bezeichnet übrigens das Verhältniß mehrerer Zeugen, von welchen jeder über eine andere Thatsache deponirt, durch den Ausdruck „*singularitas* testium" und zwar insbesondere *adminiculativa,* im Gegensatze zu anderen Arten derselben.

Vergl. W. v. Kreittmayr, Anmerk. zum Cod. jud. c. 10. §. 17. Nr. 5.

In den Gesetzen kommt außer dem Ausdrucke „test. singulares" in c. 9. X. 2. 19. nichts von dieser Lehre vor.

Vgl. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. I. S. 180.

b) Die Aussagen der Zeugen müssen unter sich, wenigstens in den wesentlichen Punkten, übereinstimmen.

Leyser, med. Sp. 285. med. 3.

Widersprüche in der Hauptsache selbst können die Glaubwürdigkeit der Aussagen gänzlich aufheben.

S. Gesterding, Nachforsch. Th. IV. Abth. 2. S. 125 flg.

c) Auch die Aussage eines Zeugen für sich allein betrachtet, darf nichts Widersprechendes enthalten.

Fr. 2. D. 22. 5.

c. 9. X. 2. 19.

Nachträgliche Berichtigungen einzelner Punkte haben nur dann keinen nachtheiligen Einfluß auf die Glaubwürdigkeit der ganzen Aussage, wenn sie auf der Stelle geschehen und dem Richter auch sonst keine Bedenklichkeit erregen.

c. 7. X. 2. 21.

Vgl. Gesterding a. a. O. S. 210.

d) Die Aussage muß bestimmt und deutlich seyn. Die Undeutlichkeit kann man jedoch durch eine wiederholte, sorgfältigere Vernehmung zu heben suchen.

c. 53. X. 2. 20.

e) Unstreitig hat auch das persönliche Benehmen des Zeugen einen entscheidenden Einfluß auf die Glaubwürdigkeit seiner Aussage,

Fr. 3. §. 1. D. 22. 5.

welcher aber freilich bei unserem jetzigen Verfahren, wo der urtheilende Richter sehr oft nicht derselbe

ist, welcher die Zeugen vernommen hat, nicht mehr gehörig gewürdigt werden kann.

Mittermaier im Archiv V. S. 199.

Ob übrigens ein Zeuge angibt, daß etwas geschehen oder nicht geschehen sey (test. negans), ist in Ansehung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage gleichgültig, insofern nur der verneinende Zeuge den Vorfall hätte wahrnehmen müssen, wenn er sich wirklich ereignet hätte.

Schneider, vom rechtl. Bew. §. 148.

Vgl. Gesterding a. a. O. I. S. 165 flg.

Ad E. Was das Verhör selbst betrifft, so ist, abgesehen von der dabei vorgeschriebenen Form des Verfahrens (s. unten), nothwendig,

a) daß die Zeugen ihre Wahrnehmung persönlich,

Fr. 3. §. 3 und 4. D. 22. 5.

c. 15. C. 3. qu. 9.

und zwar

b) unmittelbar dem Gerichte selbst mittheilen, welches entweder die Streitsache zu instruiren hat, oder von dem instruirenden Gerichte auf dem Wege der Requisition um die Vornahme des Verhörs ersucht worden ist. Die in einem anderen Processe geleisteten Zeugnisse haben nie dieselbe Kraft, wie die in dem betreffenden Rechtsstreite abgelegten; noch weniger bloße Privatzeugnisse, selbst wenn sie schriftlich ausgestellt wurden.

Fr. 21. D. 3. 2.

Fr. 3. §. 3 u. 4. D. 22. 5.

c. 4. C. 4. 20.

Nur Amtspersonen können ihre Zeugnisse in Amtssachen auch schriftlich ausstellen.

51*

Endlich

c) müssen in der Regel die Zeugen auch gehörig beeidigt werden.

c. 9. C. 4. 20.

c. 3. C. 4. qu. 2.

c. 20. C. 3. qu. 9.

c. 51. X. 2. 20.

Stand und Würde des Zeugen machen hiebei keine Ausnahme. Selbst Geistliche müssen ihr Zeugniß eidlich bekräftigen.

c. 51. X. 2. 20.

(Ueber einige scheinbar widersprechende Stellen z. B.

c. 38. C. 2. qu. 6.

c. 22. C. 22. qu. 5.

s. Glück, Comm. Bd. XXII. S. 193 flg.)

Eben so wenig genießen nach gemeinem Rechte adelige oder graduirte Personen in dieser Hinsicht eine Befreiung, obgleich ihnen nach particularrechtlichen Vorschriften nicht selten eine solche eingeräumt ist. Nur bei fürstlichen Personen hat man unter analoger Anwendung des R. A. von 1555 §. 58. a. E. der Versicherung bei fürstlichen Würden die Kraft einer eidlichen Bestätigung beigelegt.

Glück a. a. O. S. 196.

Indessen darf doch die Beeidigung der Zeugen dann unterbleiben, wenn entweder aa) beide Theile ihre Einwilligung dazu geben;

c. 39. X. 2. 20.

oder bb) wenn eine Amtsperson etwas bezeugen soll, was sie von Amtswegen verfügt oder wahrgenommen hat;

arg. c. 6. X. 1. 9.

(s. Wetzell, Syst. S. 129. not. 19.)

oder endlich cc) wenn der Product die bereits von dem Producenten benützten und für ihn beeidigten Zeugen zum Behufe seines directen Gegenbeweises vernehmen läßt.

Linde, Abh. Bd. I. S. 65.

Gesterding a. a. O. II. S. 420.

Der Zeugeneid ist übrigens nach gemeinem Rechte promissorischer Natur, weil er nicht nach, sondern vor gemachter Aussage dahin geleistet wird, daß der Zeuge die Wahrheit sagen wolle;

c. 9. C. 4. 20.

c. 3. C. 4. qu. 2 et 3.

eine Einrichtung, für deren Zweckmäßigkeit sich der Grund anführen läßt, daß dadurch die Wiederholung des Beeidigungsactes überflüssig wird, wenn der nämliche Zeuge in derselben Sache noch einmal vernommen werden soll, vorausgesetzt, daß er das erstemal de tota causa geschworen hat.

Gesterding, Nachforsch. II. Bd. S. 419.

Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIII. S. 117.

Vgl. jedoch: Dr. W. Puchta, Beitr. I. S. 190 flg.

Die Eidesformel ist jetzt wohl allenthalben durch Particulargesetze festgesetzt. Die gemeinrechtliche findet sich in der C. G. O. Thl. I. Tit. 77. (vgl. c. 5. X. 2. 20). Ueber die Ordnung und Form des Judeneides s. C. G. O. Thl. I. Tit. 86.

Vergl. überhaupt noch:

Gesterding, Nachforsch. Thl. IV. Abh. 2. S. 114 flg.

Von unfähigen und verdächtigen Zeugen insbesondere.

§. 246.

Unfähig im eigentlichen Sinne sollte man nur solche Zeugen nennen, welche die Wahrheit nicht sagen können, entweder, weil es ihnen a) gerade an demjenigen Sinne gebricht, mit dem das Factum hätte wahrgenommen werden müssen, oder b) weil ihnen die Geisteskraft mangelte, welche zu einer richtigen Perception nothwendig gewesen wäre, oder endlich c) weil sie sich auf gar keine oder doch nicht auf verlässige Art mittheilen können. — Verdächtig im weiteren Sinne ist aber jeder Zeuge, von dem es zweifelhaft ist, ob er die Wahrheit sagen werde. — Ein erschöpfendes Verzeichniß aller Verdachtsgründe läßt sich nicht aufstellen, indem hier Alles von individuellen Umständen abhängt. — Diejenigen Verdachtsgründe aber, welche in den Gesetzen ausdrücklich angeführt sind, kann man der leichteren Uebersicht halber in zwei Classen theilen, nämlich

I. in absolute, welche schon in den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen eines Zeugen, für sich betrachtet, liegen, und

II. in relative, welche entweder aus dem Verhältnisse des Zeugen zur Sache selbst, oder zu Einem der streitenden Theile hervorgehen.

ad I. In die erste Classe gehören namentlich folgende:

1) Unmündigkeit,

Fr. 3. §. 5. Fr. 19. §. 1. D. 22. 5.
c. 1. C. 4. qu. 2 et 3.

nicht etwa deßwegen, weil ein Unmündiger nicht vollkommen perceptionsfähig wäre, was sich in vielen Fällen durchaus nicht behaupten läßt,

Gesterding a. a. O. I. S. 204.

sondern weil vor dem 14ten Jahre Niemand beeidigt werden soll,

c. 15. 16. C. 22. qu. 5.

und weil ein Unmündiger noch nicht jene Festigkeit des Willens besitzt, von der sich erwarten ließe, daß er aller äußern Einwirkungen ungeachtet doch die Wahrheit sagen werde.

Fr. 3. §. 5. D. 22. 5.

„lubricum consilii“.

Eben daher hat es aber auch kein Bedenken, daß ein mündig Gewordener über Thatsachen, welche er noch während der Unmündigkeit wahrgenommen hat, ein gültiges Zeugniß leisten könne, wenn nur die Thatsache so beschaffen war, daß sie auch von einem Unmündigen gehörig aufgefaßt werden konnte.

Gesterding a. a. O. S. 196 flg.

Martin §. 193. not. f.

A. M. ist Linde, Lehrb. §. 258. not. 3. (5te Aufl.)

2) Weibliches Geschlecht, zwar nicht nach Röm. Rechte, welches die Frauen nur als Solennitätszeugen z. B. bei Testamenten nicht zuließ,

Fr. 20. §. 6. D. 28. 1.

Fr 18. D. 22. 5.

wohl aber nach canon. Rechte.

c. 10. in f. X. 5. 40.

c. 17. C. 33. qu. 5.

Vgl. jedoch: c. 22. 33. X. 2. 20.

Der deutsche Gerichtsgebrauch folgt in dieser Beziehung dem Röm. Rechte, obgleich in älteren deutschen

Rechtsbüchern die Weiber in der Regel vom Zeugniß ausgeschlossen waren, z. B. im

Schwabensp. c. 14.

Vgl. Ackermann a. a. O. S. 68.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 207 flg.

3) Mehrere Fälle der *infamia* nach Röm.,

Fr. 3. §. 5. D. 32. 5.

die *excommunicatio* nach canon.,

c. 8. in 6to 5. 11.

und Rechtlosigkeit nach deutschem Rechte.

Sachsensp. II. 36. §. 4. III. 19 u. 28. §. 1.

Schwabensp. c. 54. §. 8.

4) Ein von dem Zeugen begangenes Verbrechen. Nach Röm. Rechte wurde hiebei vorausgesetzt, daß derselbe bereits judicio publico condemnirt war;

Fr. 3. §. 5. Fr. 15. pr. Fr. 18. D. 22. 5.

Fr. 20. §. 5 u. 6. D. 28. 1.

allein nach canon. Rechte ist es hinreichend, wenn das Verbrechen auch nur im Laufe des Civilprocesses incidenter bewiesen wird.

c. 13. X. 2. 20.

c. 1. X. 2. 25.

Die Unzulässigkeit eines solchen Zeugen fällt jedoch wieder hinweg, wenn er sich seitdem gebessert hat, ausgenommen, das Verbrechen wäre ein Meineid gewesen, oder hätte Ehrlosigkeit zur Folge gehabt.

c. 54. X. 2. 20.

Vgl. P. G. O. Art. 107 u. 122.

S. hierüber: Mittermaier in den Jahrb. des gem. d. Proc. von Frhrn. v. Zu-Rhein Bd. I. H. 2. S. 201 flg.

Insbesondere sind auch bestochene (belohnte) Zeugen für unglaubwürdig erklärt.

Fr. 1. §. 2. D. 48. 10.

P. G. P. Art. 64.

5) Schlechter Lebenswandel,

Fr. 3. §. 5. D. 22. 5.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. I. 47. §. 3 und

6) gänzliche Unbekanntheit eines Zeugen (plane ignoti).

Nov. 90. c 1.

P. G. O. Art. 63.

Vgl. Gesterding, Nachf. Thl. IV. Abthl. 2, welcher diesen Verdachtsgrund nur auf Vagabunden im schlimmen Sinne des Wortes beschränken will.

Vgl. Wetzell, Syst. I. S. 131 not. 31.

Ad II. Als relative Verdachtsgründe sind in den Gesetzen folgende ausgezeichnet:

1) Eigenes Interesse bei der Sache, in welcher Jemand Zeugniß leisten soll.

Fr. 10. D. 22. 5.

c. 10. C. 4. 20.

Vgl. mit Fr. 1. §. 11. D. 49. 4.

Dabei ist es gleichgültig, ob das Interesse des Zeugen ein pecuniäres, oder irgend ein anderes ist.

Daher sind auch Advocaten oder Procuratoren, welche einer Partei in einer Streitsache dienen, oder gedient haben, in dieser Sache keine glaubwürdigen Zeugen.

Fr. 25. D. 22. 5.

c 3. in 6to 2. 10.

S. darüber: Linde in s. Zeitschr. Bd. I. S. 233 flg.

Noch andere Fälle ähnlicher Art bei Glück, Comm. Bd. XXII. S. 150. Nr. VII.

Die Frage, ob die Mitglieder einer universitas in den Streitigkeiten der letzteren als Zeugen auftreten können,

wird gewöhnlich mit der Unterscheidung beantwortet, ob der Ausgang des Processes bloß der universitas, als juristische Person betrachtet, Vortheil oder Nachtheil bringen kann, oder ob die als Zeugen vorgeschlagenen Mitglieder selbst etwas dabei gewinnen oder verlieren würden. Nur in dem letzten Falle sollen sie ausgeschlossen seyn, nicht auch in dem ersten.

Strube, rechtl. Bed. I. 2.

Glück a. a. O.

Allein für vollkommen glaubwürdige Zeugen wird man sie doch auch in dem ersten Falle kaum halten können, indem ihnen hier wenigstens der Verdacht einer besondern Vorliebe für ihre Gemeinde entgegensteht.

Leyser, med. sp. 283. med. 10.

Nur bei Streitigkeiten eines Klosters oder einer Kirche sind nach canonischem Rechte die Mitglieder, — welchen nicht gerade die Führung der Sache selbst übertragen ist, — als vollkommen fähige Zeugen zu behandeln.

c. 5. X. 2. 19.

c. 6 u. 12. X. 2. 20.

Vergl. über das Zeugniß der Mitglieder einer universitas die ausführliche Abhandlung von Wilh. Sell in dessen Jahrb. für histor. und dogmat. Bearb. des Röm. Rechts II. Bd. S. 148 flg. u. S. 252 flg.

2) Besondere Vorliebe für eine Partei, sie mag nun was immer für einen Grund haben.

Fr. 3. pr. D. 22. 5.

Daher sind namentlich verwandte und verschwägerte Personen, sowie Ehegatten und Verlobte verdächtige Zeugen.

Vergl. Fr. 9. D. 22. 5.

Fr. 24. D. eod.

c. 3. C. 4. 20. (testimonium domesticum)

Auf die Nähe des Grades kommt es bei Verwandten nicht an. Denn in Fr. 4. D. 22. 5, worauf man sich berufen hat, um zu beweisen, daß der Verdachtsgrund nur bis zum 7ten Grad der Seitenlinie (inclusive) reichen soll, ist nur bestimmt, daß Verwandte von näheren Graden nicht gezwungen werden können, ein Zeugniß zu leisten, aber keineswegs, daß das testimonium entfernterer Verwandten vollkommenen Glauben verdiene. — In einigen Fällen kommt übrigens der Verdachtsgrund wegen Verwandtschaft gar nicht in Betracht, nämlich

a) wenn der Zeuge von der mit ihm nicht verwandten Partei vorgeschlagen wird; denn in diesem Falle hat der Producent factisch auf die Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen Verzicht geleistet, der Product hat aber keine Ursache, gegen ihn zu protestiren;

Linde, Lehrb. §. 260. not. 5. (5te Aufl.)

b) wenn der Zeuge gegen den Verwandten, der ihn producirt hatte, aussagt;

c) wenn er beiden Theilen gleich nahe verwandt ist,

Arg. Fr. 67. §. 1. D. 23. 2.

A. M. ist jedoch: Reinhardt, Hdb. Bd. I. §. 168. not. 1. u. Linde, Lehrb. §. 260. not 3. (5te Aufl.)

und endlich

d) wenn die Wahrheit des Verhältnisses wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit desselben nicht wohl durch andere als verwandte Personen ausgemittelt werden kann, was namentlich vom Beweise der Verwandtschaft gilt.

c. 5. 22. X. 2. 20.

Die ersten drei Beschränkungen gelten auch in Beziehung auf solche Zeugen, welche wegen besonderer Freundschaft oder Neigung für eine Partei als verdächtig erscheinen.

3) Besonderes Pflichtverhältniß des Zeugen zu einer Partei, oder Abhängigkeit von derselben (jedoch auch wieder unter den sub Nr. 2. lit. a — c bemerkten Limitationen), weßhalb z. B. auch Dienstboten für ihre Herrschaft kein vollgültiges Zeugniß leisten können.

Fr. 6. D. 22. 5.
c 24. X. 2. 20.
Glück a. a. O. S. 157. Nr. IV.

Die gewöhnliche Entbindung der in Dienstverhältnissen des Producenten stehenden Zeugen nach

c. 38. in f. X. 2. 20.

macht sie noch keineswegs vollkommen glaubwürdig; wohl aber läßt man sie dann als glaubwürdig gelten, wenn sie erst nach völliger Auflösung des Dienstverbandes vernommen werden.

4) Besondere Feindschaft und Abneigung gegen eine Partei,

Fr. 3. pr. D. 22. 5.
c. 17. C. 4. 20.
Nov. 90. c. 7.

ausgenommen, wenn der Zeuge von seinem Feinde selbst vorgeschlagen wird, oder wenn er zum Vortheile desselben aussagt.

5) Religionsverschiedenheit, insofern, als Juden und Ketzer gegen einen rechtgläubigen Christen kein gültiges Zeugniß ablegen können,

c. 21. C. 1. 5.
c. 3. C. 1. 7.

Nov. 45. c. 1.

Cfr. c. 26. C. 2. qu. 7.

was aber umgekehrt nicht gilt.

c. 21. X. 2. 20.

Von dem Werthe mangelhafter Zeugen.

§. 247.

Ueber den Werth mangelhafter Zeugen sind im Allgemeinen folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Ein unfähiger Zeuge (in dem §. 246 angeführten eigentlichen Sinne des Wortes) ist gänzlich unglaubwürdig, und soll daher gar nicht zur Vernehmung zugelassen werden.

II. Auch verdächtige Zeugen können dieses unter gewissen Umständen in einem so hohen Grade seyn, daß ihrer Aussage gar kein Glaube beigemessen wird. Auf jeden Fall aber haben ihre Aussagen nicht gleiche Beweiskraft, wie die der s. g. classischen oder exceptionsfreien Zeugen.

Die Entscheidung der Frage aber, ob einem verdächtigen Zeugen gar nicht, oder wieviel ihm zu glauben sey, wenn er nicht als gänzlich unglaubwürdig erscheint, ist in der Regel dem jedesmaligen Ermessen des Richters überlassen.

Fr. 3. pr. §. 1. 2. Fr. 13. D. 22. 5.

J. R. A. §. 56.

Man hat zwar das freie arbitrium des Richters über die gänzliche Unglaubwürdigkeit bei solchen Zeugen für ausgeschlossen gehalten, bezüglich welcher schon

in den Gesetzen die Ausdrücke gebraucht werden „non admittantur," oder „repellantur, respuantur, interdicitur, ne liceret," weil, wenn der Richter ihren Aussagen auch nur einigen Werth beilegen dürfte, die Zulassung (admissio) zum Verhöre nicht untersagt seyn könnte. Allein die angeführten, oder im Wesentlichen gleichbedeutende Ausdrücke kommen bei allen im vorigen Paragraph aufgezählten Kategorien verdächtiger Zeugen vor. Ja im Fr. 3. pr. D. 22. 5. wird sogar ganz allgemein bemerkt „si *careat* suspicione testimonium, *admittendus* est testis" — woraus (nach jenem Argumente) strenge genommen folgen würde, daß jeder verdächtige Zeuge völlig unglaubwürdig sey.

Dieses Resultat würde aber nicht nur dem heutigen Gerichtsgebrauche, sondern auch dem Röm. Rechte selbst widersprechen, indem in mehreren Stellen desselben zu verstehen gegeben wird, daß doch auch einem nicht gänzlich verdachtfreien Zeugnisse wenigstens einiger Werth beigelegt werden dürfe, z. B. in Fr. 3. §. 1. D. 22. 5: „*quanta* fides habenda sit." — Die angeführten Ausdrücke sind daher nicht so strenge zu nehmen, sondern haben im Allgemeinen wohl nur den Sinn, daß die Aussagen gewisser Personen nicht als vollgültige Zeugnisse zuzulassen seyen.

Indessen gibt es doch allerdings einige Fälle, in welchen der Richter aus anderen — inneren oder äußeren Gründen der Aussage eines verdächtigen Zeugen gar keinen Glauben beimessen, und daher denselben — wenn anders der Grund schon vor dem Verhöre vollkommen gewiß ist, — selbst die Zulassung zum Verhöre verweigern darf. Dahin gehört

1) namentlich der Fall, wenn jemand in einer Sache als Zeuge vorgeschlagen wurde, in welcher es ihm aus

höheren Rücksichten untersagt ist, ein Zeugniß abzulegen (s. oben §. 244. S. 795);

2) wenn der vorgeschlagene Zeuge aus irgend einem Grunde unfähig ist, den vorgeschriebenen Zeugeneid zu leisten, indem ein unbeschworenes Zeugniß überhaupt keinen Glauben genießt;

3) wenn der Zeuge selbst bei dem Ausgange des Processes interessirt ist.

In den übrigen Fällen steht es dem Richter frei, nach reifer Erwägung aller Umstände entweder der Aussage eines verdächtigen Zeugen allen Glauben zu versagen, oder das Gewicht der verminderten Glaubwürdigkeit selbst zu bestimmen.

Vgl. Wetzell, Syst. I. §. 23.

Gesterding, Nachf. I. S. 191 flg.

III. Hinsichtlich der Frage, ob der Richter die Gründe gegen die Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit eines Zeugen auch von Amtswegen berücksichtigen dürfe, oder nur in Folge einer von dem Gegner des Beweisführers deßhalb erhobenen Einwendung, — sind folgende Sätze zu bemerken:

1) Vollkommen unfähige Zeugen im eigentlichen Sinne des Wortes (testes *naturaliter* inhabiles, wie man sie auch genannt hat) hat der Richter in jedem Falle zurückzuweisen, auch wenn von dem Gegner kein Antrag darauf gestellt wurde, insofern die Unfähigkeit nach dem Inhalte der Acten gewiß ist.

Dasselbe gilt

2) unter gleicher Voraussetzung auch von solchen Personen, welche sich durch die Ableistung des von ihnen verlangten Zeugnisses einer amtlichen Pflichtverletzung schuldig machen würden, z. B. Beichtväter; oder welche

3) aus irgend einem Grunde unfähig sind, den vorgeschriebenen Zeugeneid zu leisten, z. B. Unmündige.

Auch ist

4) die Berücksichtigung solcher Verdachtsgründe, welche sich aus dem Inhalte der Aussage selbst, oder aus dem persönlichen Benehmen des Zeugen bei der Deposition ergeben, von einer ausdrücklichen Anregung derselben durch die Gegenpartei unabhängig.

In den übrigen Fällen aber bleibt der Verdachtsgrund von Seite des Richters unberücksichtigt, wenn ihn die Gegenpartei, obgleich er ihr bekannt war, doch durch keine darauf gerichtete Einrede geltend machte, weil in Privatrechtsangelegenheiten der Betheiligte sein persönliches Vertrauen auf eigene Gefahr nach Belieben ausdehnen kann. Auch wird diese Ansicht unterstützt durch die Bestimmungen in

c. 17. C. 4. 20. und

c. 31. X. 2. 20.

Wenn übrigens die Gegenpartei wirklich eine Einrede gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorbringt, so liegt ihr auch ob, den Grund derselben nöthigen Falles zu beweisen.

c. 17. C. 4. 20.

Um Stoff zu solchen Einreden zu erhalten, kann jedoch der Product den Richter ersuchen, die Zeugen über die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Eigenschaften und Verhältnisse zu befragen (interrogatoria generalia). Das Nähere sowohl über diese Fragstücke, als über die Zeit des Vorbringens der Einreden selbst, wird später in der Darstellung des Verfahrens vorkommen.

Vergl. über das Ganze:

Mev. dec. VII. 75.

Lauterbach, Coll. XXII. 5. §. 37.
v. Gönner, Hdb. I. 10. §. 25.
Schmid, Hdb. II. S. 243. not. 27.
Wetzell, Syst. I. S. 131 u. 132.

IV. Die nicht selten vorkommende Behauptung, daß auch sonst unglaubwürdige Zeugen, wenn ihnen nur die Wahrnehmungs- und Mittheilungsfähigkeit nicht schlechthin abzusprechen ist, — jedesmal zugelassen werden und vollen Glauben genießen sollen, wenn die Wahrheit auf andere Art nicht ausgemittelt werden kann, ist gewiß falsch.

(Reinhardt, Hdb. I. S. 334.)

Denn

a) im Fr. 7. D. 22. 5 u. Fr. 9. D. 48. 18 ist nur von servis die Rede, und der Grund, weßhalb ein Sklave in der Regel vom gerichtlichen Zeugnisse ausgeschlossen war, trifft keineswegs auch bei den übrigen untüchtigen Zeugen zu. Dazu kommt noch, daß es nach Fr. 1. §. 1. D. 48. 18 scheint, als hätte die Aussage der Sklaven nur zur Ergänzung eines ohnehin schon vorhandenen, nur nicht ganz vollständigen Beweises dienen können.

Noodt, Probab. I. 13. in f.

b) c. 8. §. 6. C. 5. 17 spricht ebenfalls nur von servis domesticis, welche in causis repudii, namentlich über gegenseitige Mißhandlungen der Eheleute verhört werden sollen, weil solche häusliche Vorfälle nicht leicht durch auswärtige Zeugen erwiesen werden könnten, aber auch nur mit dem Beisatze: „ut veritas liquidius detegatur."

Endlich

c) das canonische Recht bestimmt nur, daß die nächsten Verwandten über die Consanguinität in causis

matrimon. ein gültiges Zeugniß sollen leisten können.

c. 3. X. 4. 18.

Will man nun diese Vorschriften nicht geradezu auf die darin angeführten singulären Fälle beschränken, so kann man doch auf keinen Fall einen allgemeineren Satz daraus ableiten, als daß der Richter bei solchen Angelegenheiten, welche schon ihrer Natur nach nicht wohl durch andere Zeugen erwiesen werden können, auch sonst unglaubwürdige zulassen dürfe, wobei es aber immer noch von ihm abhängt, zu bestimmen, ob und wie viel ihnen zu glauben sey.

Linde, Lehrb. §. 260. not. 3. (5te Aufl.)

Nur den Verwandten in dem Falle sub. lit. c. kann das Verwandtschaftsverhältniß allein in Ansehung ihrer Glaubwürdigkeit nie schaden.

V. Eine Verordnung von Justinian enthält endlich noch die besondere Vorschrift, daß man gegen die persönliche Glaubwürdigkeit solcher Zeugen, deren man sich in einem früheren Processe bereits selbst schon bedient hatte, wenn sie nun von einem Gegner producirt würden, nichts sollte einwenden dürfen, ausgenommen man könnte Bestechung oder eine erst später entstandene Feindschaft nachweisen.

c. 17. C. 4. 20.

S. darüber: Glück, Comm. Bd. XXII. S. 225 flg.

Allein diese Vorschrift, gegen welche sich in dieser Allgemeinheit gegründete Bedenklichkeiten machen lassen, wird bei unsern Gerichten nicht strenge beobachtet.

II. Von dem richterlichen Augenscheine.

§. 248.

Unter Augenschein (inspectio ocularis) versteht man überhaupt die Ueberzeugung des Richters durch eigene sinnliche Wahrnehmung, und zwar ohne Rücksicht darauf, durch welchen Sinn die Wahrnehmung geschehen muß; denn die Benennung ist nur a potiori hergenommen. (Daß eine sichere richterliche Wahrnehmung durch den Sinn des Gehörs allemal der Zuziehung von Kunstverständigen bedürfen soll (Mühlenbruch, Grundr. §. 452. S. 199), ist nicht richtig. S. Dr. W. H. Puchta in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. III. Bd. S. 35). — An überzeugender Kraft geht der Augenschein allen andern Beweisen vor, welche mit ihm concurriren können, namentlich dem Urkunden- und Zeugenbeweise; denn er verschafft dem Richter unmittelbare Gewißheit, andere Beweise nur mittelbare. Eben deßhalb schließt er auch jeden Gegenbeweis aus, der nicht auf Unförmlichkeit der Augenscheinshandlung selbst, oder auf eine unvollständige oder unrichtige Auffassung des Gegenstandes gerichtet ist. — Dagegen ist er aber freilich nicht in so vielen Fällen anwendbar, wie andere Beweise; denn er kann schon seinem Begriffe nach nur dann vorkommen, wenn die zu beweisende Thatsache noch zu der Zeit, wo der Richter davon überzeugt werden soll, existirt. In Bezug auf vergangene Thatsachen kann er nie als unmittelbarer, sondern nur als mittelbarer Beweis gebraucht werden, und in diesem Falle beschränkt sich seine eigenthümliche überzeugende Kraft nur auf das wirklich Wahrgenommene; die Ueberzeugung von der eigentlich zu erweisenden Thatsache hängt aber von dem Verhältnisse ab, in welchem diese That-

sache zu jener Wahrnehmung steht; mit andern Worten: bei factis praeteritis kann der Augenschein nur zur Begründung einer Schlußfolgerung, eines künstlichen Beweises benützt werden. Aber auch bei noch permanenten, sinnlich wahrnehmbaren Verhältnissen hat der Augenschein die ihm beigelegte Wirkung nur unter folgenden Voraussetzungen:

1) Der Richter muß die Augenscheinshandlung selbst und zwar

2) in der Eigenschaft als Richter vorgenommen haben; denn sonst ist nur ein Zeugenbeweis vorhanden;

3) das Resultat der Besichtigung muß mit dem Beweisthema vollkommen übereinstimmen;

4) es darf an den wesentlichen Erfordernissen des dabei vorgeschriebenen Verfahrens nichts fehlen, und endlich

5) muß der Gegenstand so beschaffen seyn, daß der Richter auch ohne Beihülfe von Kunstverständigen die Merkmale, worauf es ankommt, richtig auffassen und bezeichnen kann; denn sonst ist nicht mehr reiner Augenscheinbeweis vorhanden.

Ob der Richter einen Augenschein auch unaufgefordert, von Amtswegen vornehmen könne, und ob daher die Parteien — wenn sie darauf antragen wollen — mit diesem Antrage an die peremtorische Beweisfrist gebunden seyen oder nicht, ist eine auch in der neuesten Zeit noch bestrittene Frage. Die Gesetze berühren dieselbe gar nicht, sowie überhaupt Alles, was in denselben über den Augenschein vorkommt, in der That kaum der Anführung werth ist.

Vgl. z. B. Fr. 8. §. 1. D. 10. 1.
c. 3. C. 3. 39. §. 9. I. 3. 6.
Fr. 32. D. 4. 4.
c. 15. X. 2. 13. („per evidentiam facti").

Richtiger scheint es zu seyn, die Vornahme des Augenscheins in der Regel von dem Antrage der Parteien abhängig

zu machen, also auch die Zulässigkeit dieses Antrages auf die peremtorische Beweisfrist zu beschränken, wenn nicht entweder

a) der Richter eines Augenscheines bedarf, um sich von dem Objecte, welches die Parteien in ihren Vorträgen nicht anschaulich genug beschrieben haben, eine klare Vorstellung zu verschaffen, was namentlich bei Gränz-, Baustreitigkeiten u. dgl. sehr oft der Fall seyn wird;

Gensler im Arch. I. S. 39. not.*

oder wenn nicht

b) das zu besichtigende Object ohnehin schon dem Richter vorgelegt worden ist, in welchem Falle die Vorlage als stillschweigende Aufforderung zum Besichtigen betrachtet werden muß.

Daß der Richter auch außer diesen zwei Fällen den Augenschein zu jeder Zeit im Processe ex officio vornehmen dürfe, wie Mehrere wollen, z. B.

v. Gönner, Hdb. II. 44. §. 4.

v. Grolmann §. 806.

dürfte mit der Verhandlungsmaxime kaum vereinbar seyn.

Selbst die von Martin §. 216 not. e. zu Hülfe genommene Fiction der Gegenwart des Streitobjects in loco judicii scheint jetzt nicht mehr anwendbar zu seyn.

Vgl. Mühlenbruch, Grdr. §. 452. S. 199.

Dr. W. H. Puchta a. a. O. S. 37.

Linde, Lehrb. §. 292 u. 93. (5te Aufl.)

III. Von dem Beweise durch Kunstverständige.

§. 249.

Nicht immer ist der Richter im Stande, mit den gewöhnlichen Kenntnissen und Erfahrungen, welche ihm außer der Rechtskenntniß zugemuthet werden können, die bei dem Augenscheine wahrgenommenen Merkmale des Gegenstandes bestimmt zu bezeichnen. Auch hängt sehr oft die Entscheidung der Sache von einer Frage ab, zu deren Lösung besondere Erfahrung, oder der Besitz einer eigenen Kunst oder Wissenschaft vorausgesetzt wird. — In beiden Fällen müssen nun Dritte, mit den erforderlichen Kenntnissen versehene Personen beigezogen werden, welche entweder dem Richter Worte oder Zeichen leihen, um das Wahrgenommene kunstgemäß auszudrücken und darzustellen, oder welche über die außer dem Kreise seiner Einsichten liegenden Vorfragen ein Urtheil oder Gutachten abgeben. Solche Personen nennt man Kunst- oder Sachverständige (artis periti, experti) und zwar im ersten Falle wahrnehmende (besser vielleicht darstellende), im zweiten urtheilende.

Vgl. v. Grolman §. 84.

v. Gönner, Hdb. II. Abh. 44. §. 2.

Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. II. S. 119 flg.

Dr. W. H. Puchta in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. III. S. 54 flg.

K. A. F. Seeger, das Verfahren mit Sachverständigen. Stuttgart 1841.

Die Kunstverständigen der ersten Art haben mehr Aehnlichkeit mit den Zeugen, als die der letzteren, deren Geschäft darin besteht, gegebene Merkmale oder Verhältnisse unter die allgemeinen Regeln ihrer Kunst oder Wissenschaft zu subsumiren, und daraus Schlüsse zu ziehen;

ein Geschäft, welches, — abgesehen von dem Inhalte jener allgemeinen Regeln, — vollkommen mit dem des Richters übereinstimmt, weßhalb sie auch wohl judices facti genannt worden sind. Eine völlige Uebereinstimmung findet indessen zwischen darstellenden Kunstverständigen und Zeugen auch nicht statt, weil bei jenen der Richter gewöhnlich mitwahrnimmt, was bei diesen nie der Fall ist.

Vgl. Walther im Arch. f. civ. Prax. XXVI. §. 12. S. 255 flg.

Aber Das kann allerdings vorkommen, daß dieselbe Person zugleich als Zeuge und als Sachverständiger (selbst als urtheilender) zu benützen ist. Vergl. hierüber die trefflichen Bemerkungen von Dr. W. H. Puchta a. a. O. S. 57—60. P. G. O. Art. 147, und Linde, Lehrbuch §. 296. not. 1. (5te Aufl.) Die wesentlichen Erfordernisse dieser Beweisart, und zwar vorzugsweise durch urtheilende art perit., sind folgende:

1) darf ihnen nichts entgegenstehen, was sie als Zeugen untüchtig oder verdächtig machen würde. Ja, weil ein Kunstverständiger in der Regel leichter durch einen Andern ersetzt werden kann, als ein Zeuge, so wirken hier oft schon bloße Verdachtsgründe als Verwerfungsgründe.

Puchta a. a. O. S. 61. Nr. 3.
Seeger a. a. O. S. 66.

2) Ueber die erforderliche Anzahl von Kunstverständigen findet sich in den Quellen des gemeinen Rechtes keine allgemeine Bestimmung. Vgl. z. B. Fr. 1. pr. D. 25. 4. — c. 2. C. 10. 1. — Nov. 7. c. 3. — c. 14. X. 2. 19. — c. 6. X. 4. 15. — c. 18. X. 5. 12. (in welchen Stellen von einer Mehrheit von Sachverständigen die Rede ist); dagegen aber: Fr. 1. §. 25. D. 37. 9. — Fr. 5. §. pen. D. 25. 3. — c. 3. C. 3. 39. — c. 9. X. 2. 26. (wo nur von Einem gesprochen wird). So

viel ist indessen gewiß, daß nach Umständen auch das Gutachten eines einzigen Experten hinreichen kann, zumal wenn er in dieser Eigenschaft öffentlich angestellt ist.

arg. Nov. 7. c. 3. „aut etiam *uno*“ etc.

Puchta a. a. O. S. 64.

Seeger a. a. O. S. 67 flg.

Walther a. a. O. S. 260 flg.

3) Auf eigene sinnliche Wahrnehmung des Gegenstandes, worüber sich die Kunstverständigen äußern sollen, kommt es hier nicht so unbedingt an, wie bei Zeugen. Bei bloß darstellenden Kunstverständigen ist freilich die Selbstbesichtigung unentbehrlich, und auch den urtheilenden soll immer Gelegenheit dazu gegeben werden, wenn es anders möglich ist. Ist dieß aber unmöglich, so wird dadurch der Gebrauch von Kunstverständigen nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern es kann denselben auch die auf legalem Wege (z. B. durch richterlichen Augenschein, durch Zeugenaussagen u. dgl.) zu den Acten gekommene Beschreibung des Gegenstandes oder der Thatsachen, auf welche es bei ihrem Gutachten ankommt, mit der geeigneten Instruction zur Beurtheilung vorgelegt werden. Puchta a. a. O. S. 59 u. S. 60 D. — Dagegen muß sich aber Jeder, der mit Erfolg als artis peritus im Civilprocesse auftreten will, über den Besitz der erforderlichen Kenntnisse legitimiren können, oder in solchen Fällen, wo eine förmliche Nachweisung der erlangten Meisterschaft nicht gebräuchlich ist, von den Parteien, oder, wenn sich diese nicht darüber vereinigen können, von dem Richter als gehörig befähigt anerkannt werden. Daß er die in Frage stehende Kunst gewerbsmäßig oder in Folge öffentlicher Concession ausübe, ist jedoch keineswegs schlechthin nothwendig.

Seeger a. a. O. S. 64.

Der Richter selbst kann übrigens die Stelle der Sachverständigen auch dann nicht ersetzen, wenn er sich zufällig in dem Besitze der nöthigen Fachbildung befinden sollte.

Walther a. a. O. §. 11. S. 255.

4) Sachverständige, wenn sie nicht zugleich ein Zeugniß leisten, sondern bloß ein Gutachten abgeben sollen, können hiezu nicht gezwungen werden, insofern sie nicht kraft ihres Amtes dazu verpflichtet sind.

Puchta a. a. O. S. 61. Nr. 2.

Vgl. jedoch Seeger a. a. O. S. 76. Nr. 3 und Walther §. 15. S. 262.

5) Wenn mehrere urtheilende Kunstverständige beigezogen worden sind, und diese in ihren Ansichten nicht übereinstimmen, so können nicht die Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, welche im Falle widersprechender Zeugenaussagen gelten, sondern es ist zu unterscheiden zwischen Schätzungen (Taxationen) und Gutachten anderer Art. — Bei Schätzungen wird immer der Mittelpreis angenommen, welchen man dadurch findet, daß man die verschiedenen Werthangaben zusammenrechnet, und die Summe durch die Zahl der Schätzer dividirt.

Schneider, vom rechtl. Beweis §. 189.

Vgl. Claproth, ord. Pr. §. 311.

Puchta a. a. O. S. 65.

Walther §. 24. S. 292.

Hinsichtlich einer Collision von Gutachten anderer Art sind aber die Meinungen verschieden. — Einige lassen die Stimmenmehrheit entscheiden.

Vorzügl. v. Gönner, Hdb. II. 45. §. 14 flg.

Andere geben aber ohne Rücksicht auf die Stimmenzahl demjenigen Gutachten den Vorzug, welches durch die besten Gründe unterstützt ist. Die Anhänger dieser zweiten Meinung theilen sich übrigens wieder in zwei Classen,

indem sie entweder zur Prüfung der Gründe (welche, ausgenommen bei bloßen Schätzungen, immer angegeben werden müssen, Walther §. 19) die Beiziehung anderer Sachverständigen für nothwendig halten, wie z. B.

Martin §. 218 not. i.

Walther §. 22, besonders S. 287.

oder die Prüfung dem Richter selbst überlassen.

Danz, ord. Pr. §. 356. not. b.

Diese letzte Ansicht ist nun wohl auf keinen Fall zu billigen, weil sie bei dem Richter Kenntnisse voraussetzt, deren Mangel gerade die Beiziehung von Sachverständigen nothwendig machte. Von den beiden andern Meinungen scheint aber ungeachtet aller dagegen gemachten Einwendungen

S. Mittermaier im Arch. II. S. 137 flg.

Linde, Lehrb. §. 270. not. 5 a. E.

Walther S. 285 flg.

doch noch immer die erste, welche auf Stimmenmehrheit Rücksicht nimmt, am meisten für sich zu haben, indem nicht nur die Aehnlichkeit des Geschäftes der Kunstverständigen mit der Function mehrerer Richter oder Schiedsrichter dafür spricht (Fr. 17. §. ult. Fr. 18. Fr. 27. §. 3. D. 4. 8), sondern auch das Argument aus Fr. 1. pr. D. 25. 4. durch die dagegen erhobenen Bedenklichkeiten keineswegs entkräftet ist. Daß das Princip der Stimmenmehrheit zu gefährlich sey, ließe sich nur dann behaupten, wenn man ein auf Stimmenmehrheit beruhendes Gutachten für die Parteien als schlechthin unanfechtbar gelten lassen wollte. Nur im Falle einer Stimmengleichheit muß man zugeben, daß der Richter einen anderen Kunstverständigen, oder ein Collegium zuzuziehen berechtigt ist.

Vgl. Puchta a. a. O. S. 66 flg.

Hat übrigens jeder Sachverständige sein Gutachten abgesondert abgegeben, so kann nicht selten eine Vereinigung, oder wenigstens eine Stimmenmehrheit auch dadurch bewirkt werden, daß man einen Zusammentritt derselben zum Behufe wechselseitiger Erklärung und Berathung veranlaßt.

Seeger a. a. O. S. 97. Nr. 2. und überhaupt S. 93—101, wo indessen die vorstehende Frage zum Theile auf andere Art, als hier, beantwortet ist.

6) Die Beeidigung ist bei Kunstverständigen eben so wesentlich, wie bei Zeugen, wenn sie nicht etwa schon ein für allemal zu diesen Geschäften beeidigt sind.

c. 6. §. 1. C. 5. 9.

Nov. 7. c. 3. §. 2.

Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 134. not. 37, welcher auch bei angestellten Sachverständigen die specielle Beeidigung für nöthig hält.

Dagegen aber Seeger S. 71 flg.

Die Eidesformel kann aber freilich mit der bei Zeugen üblichen nicht ganz übereinstimmen.

S. E. G. O. 1555. I. 85.

Walther §. 16. S. 265 flg.

Auch ist gerichtliche Vernehmung nothwendig, wenn die Sachverständigen nicht in dieser Eigenschaft öffentlich angestellt sind, in welchem Falle auch außergerichtlich ausgestellte schriftliche Gutachten berücksichtigt zu werden pflegen.

Martin §. 219. not. c.

Dagegen ist es mehreren Sachverständigen erlaubt, sich sowohl untereinander, als auch mit den Parteien zu benehmen, und sie können sich zur Abgabe ihres Gutachtens eine Bedenkzeit erbitten.

Seeger a. a. O. S. 88.

Was die Frage betrifft, ob der Richter auch von Amtswegen beurtheilende Sachverständige beiziehen dürfe, so kann dieselbe in einem doppelten Sinne genommen werden, nämlich:

1) Muß der Richter doch noch auf Beweis erkennen, obwohl er sieht, daß die rechtliche Entscheidung der Sache nur von einem Gutachten abhängt, oder darf er ohne Beweisinterlocut sogleich die Beiziehung von Sachverständigen verfügen?

2) Wenn er wirklich auf Beweis erkannt, die Partei aber keine Sachverständigen vorgeschlagen hat, — darf der Richter doch noch nach dem Ablaufe der peremtorischen Frist solche beiziehen?

ad 1. Die Beantwortung der ersten Frage scheint davon abzuhängen, ob zu der Zeit, wo sonst auf Beweis erkannt zu werden pflegt, die factischen Momente, worauf die Sachverständigen ihr Gutachten stützen sollen, schon vollständig zu den Acten gebracht, und auch schon (z. B. durch Augenschein oder Geständniß) außer Zweifel gesetzt sind oder nicht. — In dem letzten Falle muß unstreitig noch auf Beweis erkannt werden; weil außerdem die Sachverständigen noch gar nicht informirt werden könnten. In dem ersten Falle aber ist ein Erkenntniß auf Beweis überflüssig, und es kann sogleich die Beiziehung von Sachverständigen verfügt werden.

ad 2. Wenn der Richter auf Beweis erkannt hat (z. B. daß der Testator nicht bei vollem Gebrauche der Vernunft gewesen u. dgl.), so ist es doch nicht schlechterdings nothwendig, daß die Partei den Beweis durch Benennung von Kunstverständigen antritt, sondern es genügt auch, denselben nur durch Zeugen, oder andere Beweismittel über solche Thatumstände anzutreten, aus welchen sich auf den zu beweisenden Satz schließen läßt.

Die Beiziehung von Sachverständigen, um durch sie aus den erwiesenen Prämissen Schlüsse ziehen zu lassen, kann der Richter auch später noch, zu jeder Zeit verfügen, sobald es ihm zweckmäßig oder nothwendig zu seyn scheint.

Die Rechtfertigung dieser Ansicht liegt in Folgendem: Die streitenden Theile sind nur verpflichtet, die factischen Momente vollständig darzulegen, welche auf die Beurtheilung der Sache Einfluß haben. Dieselben zu beurtheilen und Schlüsse daraus zu ziehen, ist Sache des Richters, und seine geistige Thätigkeit kann weder von einer Aufforderung der Parteien abhängig, noch durch eine Frist beschränkt seyn. Der zufällige Umstand, daß zuweilen die gewöhnlichen Kenntnisse und Erfahrungen des Richters zu diesem Geschäfte nicht hinreichen, kann in der Sache nichts ändern, sondern, da ihm einmal das Geschäft der Beurtheilung obliegt, so ist es gewiß auch das Natürlichste, ihm da, wo er in dieser Hinsicht einer Nachhülfe bedarf, auch die Sorge hiefür zu überlassen.

Vergl. hierüber:

v. Gönner II. 45.

Heffter, Inst. S. 228.

Seeger a. a. O. S. 16 flg.

Gensler, Comm. II. S. 2.

Mittermaier im Arch. II. S. 121 flg.

Walther §. 9 u. 10.

In Zusammenhang mit der vorigen Frage steht eine andere, nämlich, wer die Kunstverständigen zu wählen hat? Betrachtet man sie bloß als Urtheilsgehülfen des Richters, so ist es wohl das Consequenteste, auch die Auswahl derselben dem Richter zu überlassen. Dafür sprechen auch folgende Stellen des Röm. und canon. Rechts:

Fr. 8. D. 10. 1.

Fr. 3. §. 4. D. 11. 6.

c. 3. C. 3. 39.

c. 9. X. 2. 26.

Nur hat der Richter die Gewählten noch vor der Vernehmung den streitenden Theilen anzuzeigen, damit sie ihre etwaigen Einwendungen dagegen vorbringen können.

Walther §. 13.

Allein die gewöhnliche Meinung, mit welcher auch die Praxis größtentheils übereinstimmt, räumt die Befugniß zur Auswahl der Sachverständigen aus Rücksicht auf

c. 6. §. 1. C. 5. 9.

beiden Parteien in der Art ein, daß der Product eben so viele, wie der Producent vorschlagen dürfe. Dagegen die Ansicht, daß auch der Richter eben so viele Sachverständige zu stellen habe, wie jede Partei, hat eine so allgemeine Anerkennung nicht für sich.

Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 126—131.

Dagegen Seeger a. a. O. S. 57 flg. bes. §. 58.

Was endlich die bindende Kraft eines in gehöriger Form eingeholten Gutachtens betrifft, so sind die Ansichten darüber schwankend und unbestimmt.

Wegen der Analogie der Function der Sachverständigen mit der des Richters und mit Beziehung auf Fr. 76—80. D. 17. 2, dann Fr. 30. D. 38. 1, hat man wohl den Parteien im Falle der Unzufriedenheit mit dem abgegebenen Gutachten die Anfechtung desselben in derselben Weise zugestehen wollen, wie es ihnen gestattet ist, richterliche Urtheile anzufechten.

v. Gönner, Hdb. II. Abh. 45. §. 12; dem auch der Verfasser gegenwärtiger Vorträge in den früheren Ausgaben beipflichtete.

Da jedoch die Gesetze kein Instanzen-Recht in Bezug auf die Gutachten der Sachverständigen kennen, — (die oben citirten Stellen handeln nur von der deductio ad

arbitrium boni viri) — und in den meisten Fällen nicht einmal die erforderliche äußere Einrichtung existirt, um diese Ansicht durchführen zu können; — so ist dieselbe wohl nicht zu billigen.

Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise §. 194. u. S. 485.

Martin, Lehrb. §. 222. not. b. (12te Aufl.)

Mittermaier a. a. O. S. 139.

Walther (§. 20) hält es nicht einmal für nothwendig, den Parteien das von officiell beigezogenen Sachverständigen abgegebene Gutachten mitzutheilen, was jedoch kaum zu billigen seyn dürfte, weil das Gutachten einen Theil der Entscheidungsgründe bildet.

Am meisten scheint es dem gemeinen Rechte zu entsprechen, wenn man in der Regel ein in gehöriger Form abgegebenes Gutachten für die Parteien als bindend erklärt (arg. 15. C. 4. 38), und nur dann ausnahmsweise eine Revision des Gutachtens zuläßt, wenn es entweder undeutlich ist, oder wenn so erhebliche Bedenken gegen dessen innere Glaubwürdigkeit erhoben werden, daß sich der Richter selbst nicht bei demselben beruhigen zu können glaubt.

Schneider a. a. O.

Vgl. überhaupt noch Seeger S. 90 flg. u. S. 101 flg.

Walther §. 21.

Ueber die Frage, inwiefern bei dem Beweise durch Sachverständige der Erfüllungs- oder Reinigungseid stattfinde, s.

Gensler, Comment. II. Bd. S. 8.

Seeger S. 108—114.

Die Lehre von den Kunstverständigen, so wie sie gegenwärtig vorgetragen wird, beruht übrigens größtentheils auf Doctrin und Gerichtsgebrauch. Nach Röm. Rechte

wurde in solchen Fällen, wo es auf besondere Kenntnisse ankam, gewöhnlich die Entscheidung der ganzen Sache einem arbiter oder artis peritus übertragen.

Vergl. z. B. über *agrimensores:*

Fr. 8. D. 10. 1.
Fr. 3. §. 4. D. 11. 6.
c. 3. C. 3. 39.
c. 9. X. 2. 26.

Ueber Schätzleute und *arbitri:*

c. 6. §. 1. C. 5. 9.
Fr. 5. §. pen. D. 25. 3.
Fr. 1. §. 25. D. 37. 9.
Fr. 9. 10. D. 2. 8.
Fr. 76. 78. 80. D. 17. 2.
Fr. 30. pr. D. 38. 1.
Fr. 2. D. 49. 2.

Ueber die *inspectio ventris* insbesondere:

Fr. 1. pr. D. 25. 4.

Ueber ärztliche Beurtheilung:

c. 18. X. 5. 12.
c. 4. 14. X. 2. 19.

Vgl. über diese Stellen Seeger a. a. O. S. 24—31.

Heffter, Instit. S. 225. flg.

Vorzüglich aber Walther im Arch. XXVI. S. 85 flg., wo auch eine dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre und eine sorgfältige Angabe der älteren und neueren Literatur darüber zu finden ist.

IV. Vom Beweise durch Urkunden.

Begriff und Natur des Urkundenbeweises.

§. 250.

Wie der Römische Ausdruck „*instrumentum*“, wird auch das deutsche Wort „Urkunde“ zuweilen in einem sehr ausgedehnten Sinne gebraucht. Unter „*instrumentum*“ verstanden nämlich die Röm. Juristen „omne id, quo causa instrui potest“, also alle gewöhnlichen Beweismittel, selbst die Zeugen nicht ausgenommen.

Fr. 1. D. 22. 4.

Fr. 99. §. 2. D. 50. 16.

v. Glück, Comm. XXII. §. 1157.

In ähnlicher Weise versteht man auch unter „Urkunde“ Alles, was den äußeren Sinnen des Richters Merkmale eines gewesenen, vorhandenen oder künftigen thatsächlichen Verhältnisses darbietet, gleichviel ob der Gegenstand ein lebloses oder ein lebendes Wesen ist. In diesem weitesten Sinne wird z. B. auch das bei einem Verdächtigen gefundene Diebsinstrument, eine Wunde, ein Blutflecken, das kranke Pferd bei der Wandelklage u. dgl. als Urkunde betrachtet. Nur Zeugen werden gewöhnlich ausgeschlossen.

Gensler im Arch. f. civ. Prax. I. S. 55 und die dortselbst in der Note ** Angeführten.

v. Glück, Comm. XXII. §. 1157.

Im engeren Sinne versteht man aber unter Urkunden nur leblose, von Menschenhand verfertigte Gegenstände, welche entweder zur Erhaltung des Andenkens an irgend eine Begebenheit, oder zur Offenbarung eines Gedankens, oder eines bestimmten Willensactes entstanden sind. — In diesem Sinne kann man schriftliche und nichtschriftliche Urkunden unterscheiden, zu welchen letzteren auch nichtbeschriebene Denkmäler (monumenta), z. B. Gränzsteine, Wappen, Zeichnungen und dgl. gehören.

Vgl. Heffter, Syst. §. 247.

In dem engsten Sinne endlich (und dieser wird in der gegenwärtigen Lehre immer vorausgesetzt) bezeichnet das Wort Urkunde eine Schrift, ohne Unterschied des Materials, auf welchem sie sich befindet (Pergament, Papier, Stein u. dgl.) S. hierüber (so wie über die ganze Lehre) die vortreffliche Schrift von Dr. F. G. C. Strippelmann, — der Beweis durch Schrift-Urkunden. Cassel 1860; über die Bedeutung insbesondere Abth. I. S. 5 bis 21. — Ferner: Dr. W. Langenbeck, die Beweisführung im bürg. Rechtsstreit, Leipzig 1861, dritte Abth. S. 613 flg.

Da die Schrift entweder der unmittelbare, augenfällige und bleibende Ausdruck eines Willensactes, oder eines durch sinnliche Wahrnehmung veranlaßten geistigen Zustandes ist, so leuchtet von selbst ein, daß Urkunden zu allen Zeiten als vorzüglich geeignete Mittel betrachtet wurden, um die Wahrheit einer bestrittenen thatsächlichen Behauptung vor Gericht zu beweisen, und daß in gewissen Beziehungen der Urkundenbeweis selbst den Zeugenbeweis übertrifft. Denn, wenn auch der Zeugenbeweis eine größere Elasticität besitzt, insofern man durch geeignete Fragestellung auch über alle Nebenumstände der zu beweisenden Hauptthatsache die nöthigen Aufschlüsse erhalten kann, während die Urkunde nur eine Antwort zu geben vermag: so hat doch die Urkunde den Vorzug, daß sie jeden Zeugen überleben kann, und daß sich ihr Inhalt nicht verändert, während die Erinnerungen eines Menschen durch die Länge ihrer Dauer, oder durch Abnahme des Gedächtnisses geschwächt, durch mancherlei psychologische Einflüsse getrübt, und selbst durch äußere Einwirkungen leichter verfälscht werden können. Außer diesen inneren Vorzügen empfiehlt sich der Urkundenbeweis auch noch durch die regelmäßige Schnelligkeit

des Verfahrens, welche in gleichem Grade bei dem Zeugenbeweise gar nicht möglich ist.

Verschiedene Arten von Urkunden.

§. 251.

Die wichtigste Eintheilung der Urkunden ist die in öffentliche und Privaturkunden. Diese Eintheilung bezieht sich aber nicht auf den Inhalt der Urkunde, worauf sie auch bezogen werden könnte,

Gesterding, Nachforsch. I. S. 225 flg.

sondern auf die Person des Ausstellers. Oeffentlich nennt man nämlich eine Urkunde dann, wenn sie von einer Behörde oder von einer solchen Person ausgestellt wurde, welche öffentlichen Glauben genießt, vorausgesetzt, daß der Gegenstand, über welchen die Urkunde ausgefertigt wurde, zu dem amtlichen Wirkungskreise des Ausstellers gehörte, und daß dieser auch in amtlicher Eigenschaft dabei thätig war. Oeffentliche Urkunden und gerichtliche Urkunden sind daher nicht gleichbedeutende Ausdrücke, sondern die ersteren bilden die Gattung; die letzteren sind nur eine einzelne Art dieser Gattung. Auch die Pfarrbücher und Pfarrmatrikeln über Geburten, Ehe- und Sterbefälle sind öffentliche Urkunden; nicht minder die Bücher und Kataster der öffentlichen Steuerämter; die in legaler Form ausgefertigten Zeugnisse öffentlicher Studienbehörden u. dgl. m. — Selbst die in gehöriger Form abgefaßten Notariatsurkunden werden jetzt den öffentlichen Urkunden beigezählt. Die bloße Aufbewahrung einer Urkunde in einem Archive macht sie aber noch keineswegs zu einer öffentlichen.

Vgl. hierüber im Allgemeinen:

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. tit. 22. §. 2. sq.

F. Spangenberg, die Lehre von dem Urkundenbeweise u. s. w. Heidelberg 1827. Abth. I. S. 59.

Gesterding, a. a. O. S. 223 flg.

Strippelmann a. a. O. S. 72 flg.

Langenbeck a. a. O. S. 617 flg.

Ueber den Ursprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher insbesondere:

Uihlein im Arch. f. civ. Prax. XV. S. 26 flg.

Ueber die Notariatsurkunden:

Ferd. Oesterley, das deutsche Notariat. Hannover 1842. Thl. II. §. 29—89.

Ueber archivalische Urkunden:

Spangenberg a. a. O. Abth. I. S. 43 flg. und Abth. II. S. 40 flg.

Ueber Zunftbücher:

Gesterding a. a. O. S. 255 fl.

Ueber die Beweiskraft der Gutsrechnungen:

Chr. F. v. Wendt, Nürnberg 1835.

Ueberhaupt: Strippelmann a. a. O. S. 191—372.

Alle nicht unter öffentlicher Autorität errichteten Urkunden sind Privatdocumente.

Außerdem unterscheidet man noch instrumenta quasi publica, worunter man solche Privaturkunden versteht, welche von drei unbescholtenen männlichen Zeugen mitunterzeichnet sind.

Vgl. c. 17. C. 4. 2.

c. 11. C. 8. 18.

Nov. 73 u. Nov. 90.

v. Glück, Comm. XXII. S. 28.

Jede Urkunde, sey sie nun eine öffentliche oder eine Privaturkunde, kann entweder das Original selbst (authentica scriptura, Urschrift) oder bloß eine Copie (exemplum, Abschrift) seyn.

Unter Original versteht man aber nicht bloß das erste in vollkommener Form vollzogene Exemplar einer Urkunde,

sondern jedes Exemplar, bei dessen Abfassung der ursprüngliche Errichtungsact von denselben Hauptpersonen wiederholt worden ist. — Es können demnach von derselben Urkunde auch mehrere Originalien vorhanden seyn. — Copien dagegen sind bloße Nachbildungen eines Originals, ohne Wiederholung des ursprünglichen Errichtungsactes. Man unterscheidet zweierlei Arten derselben, einfache und beglaubigte. Beglaubigt nennt man sie dann, wenn die Abschrift von einer hiezu authorisirten Behörde oder Person mit dem Originale verglichen, und die Uebereinstimmung beider in gehöriger Form bestätigt worden ist (vidimus, copia fidemata); einfach (copia simplex, vaga) wenn diese Bestätigung mangelt.

S. Spangenberg a. a. O. S. 60 flg.

Strippelmann a. a. O. S. 374 flg.

Beweiskraft der Urkunden.

§. 252.

Eine schriftliche Urkunde ist die äußere Form, durch welche irgend ein bestimmter Act des Denkvermögens, der Urtheilskraft, des Gefühles oder des Willens ihres Ausstellers unmittelbar, und zwar auf bleibende Art zur sinnlichen Wahrnehmung gebracht wird. Insofern also dieser Act selbst, und bloß dieser Act den Gegenstand des zu führenden Beweises bildet, hat die betreffende Urkunde (von absichtlicher Simulation und Verfälschung abgesehen) immer volle Beweiskraft. In den meisten Fällen besteht aber die Beweisauflage nicht darin, daß jener Act stattgefunden habe, sondern sie betrifft eine andere Thatsache, bezüglich welcher das in der Urkunde Ausgedrückte nur als einer der bisher angeführten Beweisgründe erscheint. In diesen

Fällen muß sodann die Beweiskraft der Urkunde nach den allgemeinen Grundsätzen und Regeln beurtheilt werden, welche hinsichtlich der Erfordernisse und der Wirksamkeit des in ihr enthaltenen Beweisgrundes gelten. Hieraus ergeben sich für die verschiedenen möglichen Fälle folgende Resultate:

I. Die Urkunde enthält ein Zeugniß, d. h. der Aussteller derselben erzählt und bestätigt irgend einen geschichtlichen Vorgang, eine Handlung oder ein Ereigniß.

In diesem Falle kommt es darauf an, ob die Urkunde eine öffentliche, oder nur eine Privaturkunde ist. In dem ersten Falle liefert sie vollständigen Beweis, wenn die in derselben bestätigte Thatsache den Gegenstand der Beweisauflage bildet. Denn die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses einer öffentlichen Behörde, oder einer Amtsperson über solche Vorgänge, welche zu ihrem Wirkungskreise gehören, ist weder durch persönliche Vernehmung, noch durch specielle eidliche Bekräftigung der Aussage bedingt, und ebensowenig durch die übereinstimmende Aussage eines zweiten Mitzeugen. Nur muß die betreffende Urkunde in der vorgeschriebenen Form ausgefertigt seyn.

c. 7. X. 2. 19.

c. 11. X. 2. 23.

S. oben S. 797 u. 804 unt.

Auf diesen Grundsätzen beruht insbesondere die volle Beweiskraft der gerichtlichen Protokolle, welche nichts anderes sind, als öffentliche schriftliche Zeugnisse.

Ist aber die Scriptur, welche ein Zeugniß enthält, nur eine Privaturkunde, so hat dieselbe in der Regel gar keine Beweiskraft. Denn rührt sie von einem Dritten her, welcher an dem Rechtsstreite keinen Theil nimmt, so fehlt, — auch abgesehen von dem Erfordernisse eines übereinstimmenden zweiten Mitzeugen, — die Form der persön-

lichen gerichtlichen Vernehmung und die eidliche Bekräftigung, ohne welche ein bloßes Privatzeugniß überhaupt vor Gericht keinen Glauben genießt.

S. oben S. 803 u. 804.

Rührt aber die Urkunde von einem der streitenden Theile selbst her, so kommt es darauf an, ob das Zeugniß zum Vortheile des Ausstellers lautet, oder zu seinem Nachtheile. In dem ersten Falle hat es keine Beweiskraft, quia nullus idoneus testis in re sua intelligitur.

Fr. 10. D. 22. 5.
Nov. 48. c. 1. §. 1.
c. 5. 6. C. 4. 19.

Man pflegt dieß durch die bekannte Regel auszudrücken: scriptura privata *pro* scribente non probat.

In dem zweiten Falle aber kann die Urkunde zwar Beweiskraft haben; allein sie enthält in diesem Falle nicht ein Zeugniß im eigentlichen Sinne, sondern ein Geständniß, und davon wird später besonders die Rede seyn.

Hinsichtlich der bisher vorgetragenen Grundsätze sind jedoch noch einige Modificationen zu bemerken, und zwar

A. in Bezug auf öffentliche schriftliche Zeugnisse.

a) Auch eine öffentliche Urkunde dieser Art beweist nur Das vollkommen, was der Aussteller derselben mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat. Ist ihm nur von einem Anderen etwas erzählt worden, so beweist die Urkunde nur die Thatsache des Erzählens vollständig, nicht auch die Wahrheit des Erzählten. Ob und in wie fern auch dem letzteren Glauben beizumessen sey, hängt davon ab, ob der Erzähler die Eigenschaften eines glaubwürdigen gerichtlichen Zeugen besaß, ob er in der für den Zeugenbeweis vorgeschriebenen Form vernommen nnd beeidigt wurde, ob er in derselben Streitsache, in welcher die

Urkunde producirt wird, als Zeuge vorgeschlagen war, oder bei einer andern Gelegenheit u. s. w.

b) Wenn über die Vornahme eines einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäftes dritter Personen, z. B. über eine letztwillige Verfügung, einen Vertrag u. dgl., eine öffentliche Urkunde errichtet wird, so beweist dieselbe nur die Thatsache der wirklich geschehenen Vornahme und des Inhaltes des darin bezeugten Geschäftes, keineswegs aber auch die Gültigkeit desselben, welche vielmehr nach den hierüber bestehenden civilrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen ist. Die Existenz und den Inhalt des Geschäftes beweist aber die Urkunde nicht bloß unter denjenigen Personen, welche das Geschäft geschlossen haben, sondern auch dritten Personen gegenüber. Ob aber für die letzteren aus dem bewiesenen Geschäfte eine Verbindlichkeit entspringe oder nicht, ist nach der rechtlichen Natur dieses Geschäftes, und nach dem rechtlichen Verhältnisse der Dritten zu den Urhebern des Geschäftes zu bestimmen.

c) Gegen die Existenz und den Inhalt einer durch ein öffentliches schriftliches Zeugniß (z. B. durch ein gerichtliches Protokoll) bestätigten Thatsache ist ein Gegenbeweis nur in beschränktem Maße zulässig.

S. oben S. 397.

B. In Bezug auf schriftliche Privatzeugnisse.

a) Von der oben angeführten Regel: „scriptura privata pro scribente nihil probat“ wird in folgenden Fällen eine Ausnahme gemacht:

aa) wenn der Inhalt einer solchen Urkunde auch noch durch andere Wahrscheinlichkeitsgründe unterstützt wird, in welchem Falle sie nach richterlichem Ermessen wenigstens einigen Beweis liefern kann.

Fr. 26. §. 2. D. 16. 3.
c. 5. C. 4. 19.

bb) Bei Handelsbüchern, welche, wenn sie in gehöriger Form geführt sind, auch für den Kaufmann, wenigstens so viel beweisen, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden darf.

Vergl. darüber:

Mittermaier, Grundſ. des d. Privatrechts §. 485. Nr. 7, und §. 514 u. 515.

Wetzell, Syst. I. S. 139—142.

Außerdem wird

cc) gewöhnlich auch noch angenommen, daß, wenn eine für den Aussteller günstig lautende einseitige Privaturkunde von dem Gegner des Ausstellers selbst producirt werde, dieselbe in Folge der in der Selbstproduction enthaltenen stillschweigenden Anerkennung Beweiskraft erhalte.

Gensler im Archiv für civil. Praxis. II. S. 3 a. E.

Allein die zur Unterstützung dieser Ausnahme angeführten Gesetze

arg. c. 17. C. 4. 20. und
Nov. 49. c. 2. §. 1.

sprechen nur davon, daß Der, welcher selbst eine Urkunde producirt, durch diese Handlung in der Regel das Recht verliert, die Aechtheit der producirten Urkunde anzufechten. Die Anerkennung der Aechtheit involvirt aber nur das Geständniß, daß der Gegner die Urkunde wirklich geschrieben oder unterschrieben habe, keineswegs aber auch ein Geständniß der Wahrheit ihres Inhaltes.

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. I. S. 113 flg.

Gerau in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll XX. I. S. 76 flg.

Da übrigens Niemand so thöricht seyn wird, eine Urkunde, welche bloß zum Vortheile seine Gegners lautet, selbst vor Gericht zu produciren, so hat die hier berührte Frage nur bei gemischten, d. h. bei solchen Urkunden ein praktisches Interesse, welche theils zum Nachtheile, theils zum Vortheile des Ausstellers lauten. Von solchen Urkunden wird aber später die Rede seyn.

Vgl. über sämmtliche hier angeführte Ausnahmen noch v. Spangenberg in Frhrn. v. Zu-Rhein, Jahrb. I. Bd. 1. Hft. S. 42 flg.

Fortsetzung.

§. 253.

II. Wenn die Urkunde ein Gutachten des Ausstellers enthält, so ist die Beweiskraft derselben nach den formellen Vorschriften über die Erfordernisse des Beweises durch Kunst- oder Sachverständige zu beurtheilen. Ein von einer Partei bloß außergerichtlich erholtes schriftliches Parere kann daher nie zur Herstellung eines vollständigen Beweises hinreichen, weil auch die Sachverständigen in der Regel gerichtlich und eidlich vernommen werden müssen.

S. oben S. 827.

III. Besondere Beachtung verdient der Fall, wenn die Urkunde ein Geständniß des Ausstellers selbst enthält.

A. Bei öffentlichen Urkunden wird dieser Fall selten vorkommen. Denn wenn eine Privatperson vor Gericht oder vor einer öffentlichen Behörde eine Thatsache eingeräumt hatte, welche später in einem Rechtsstreite gegen sie benützt werden kann, und wenn über dieses Zugeständniß

dazumal eine öffentliche Urkunde (ein Protokoll) errichtet wurde, so ist diese Urkunde nur eine Testimonialurkunde über die Thatsache des Gestehens und daher nach den oben unter I. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Das auf solche Art abgelegte Geständniß ist aber jedenfalls nicht ein gerichtliches im eigentlichen Sinne, sondern nur ein außergerichtliches, und die Beweiskraft desselben ist daher nach den früher hierüber vorgetragenen Regeln zu bestimmen. S. oben S. 710 flg.

Möglich ist es jedoch allerdings, daß auch eine öffentliche Urkunde ein unmittelbares Geständniß des Ausstellers selbst enthält, z. B. wenn eine Regierungsbehörde in einem früheren amtlichen Erlasse an einen Privaten eine Thatsache eingeräumt hatte, — welche in einem zwischen dem Fiscal und diesem Privaten entstandenen Rechtsstreite gegen die vertretene Behörde geltend gemacht werden kann. Auch eine amtlich ausgefertigte Quittung des öffentlichen Steueramtes über eine geleistete Steuerzahlung kann als eine unmittelbare öffentliche Geständnißurkunde betrachtet werden.

Aber auch in diesen Fällen kann nach den früher vorgetragenen Grundsätzen nur von einem außergerichtlichen Geständnisse die Rede seyn, dessen Existenz zwar durch die Urkunde vollständig bewiesen wird, dessen Wirksamkeit und Beweiskraft aber von den allgemeinen Regeln über den Werth außergerichtlicher Geständnisse abhängt.

B. Enthält eine Privaturkunde ein Geständniß entweder der Gegenpartei im Processe selbst, oder eines Solchen, dessen Geständnisse die Gegenpartei anerkennen und gegen sich gelten lassen muß (z. B. ihres Erblassers), so beweist sie jedenfalls die Existenz des Geständnisses vollkommen (vorausgesetzt, daß die Aechtheit der Urkunde außer Zweifel ist). Aber auch das urkundlich abgelegte

Geständniß selbst, — obgleich nur ein außergerichtliches — hat (in der Regel wenigstens) volle Beweiskraft hinsichtlich der durch dasselbe eingeräumten Thatsache, weil in Erwägung der schriftlichen Ausfertigung sowohl, als der Ueberlieferung der Urkunde an Denjenigen, zu dessen Vortheil sie lautet, der animus confitendi rechtlich zu vermuthen ist. — (Scriptura contra scribentem probat.) Indessen ist doch der Gegenbeweis gegen die Wahrheit der eingestandenen Thatsache keineswegs ausgeschlossen.

Vgl. überhaupt oben S. 713.

IV. Wenn die Urkunde den unmittelbaren Ausdruck eines eigenen Willensactes des Ausstellers enthält, — wie dieß z. B. der Fall ist bei Testamenten, Vertragsurkunden, Schuldbriefen u. dergl., so liefert dieselbe (ihre Aechtheit vorausgesetzt) vollen Beweis sowohl der Existenz, als des Inhalts der getroffenen Disposition. Denn eine Urkunde dieser Art (von Wetzell, Syst. I. S. 139. Nr. 1, passend dispositive Urkunden genannt) ist nicht ein bloßes Zeugniß über irgend eine Handlung, sondern unmittelbar die Handlung selbst, welche durch die Schrift sinnlich erkennbar, und in dieser Erkennbarkeit auf eine bleibende Art fixirt worden ist. So wenig an der Existenz und an dem Inhalte einer solchen Disposition zu zweifeln seyn würde, wenn der Disponent dieselbe mündlich in Beiseyn des Richters und des Gegners oder beider Parteien getroffen hätte, eben so wenig kann daran gezweifelt werden, wenn die darüber errichtete Urkunde vorgelegt wird. Der Einwurf, daß diese Ansicht gefährlich sey, weil die Urkunde auch in Folge eines simulirten Geschäftes entstanden seyn könnte, ist nicht von Erheblichkeit, indem er auf viele Fälle gar nicht paßt, und da, wenn man demselben ein entscheidendes Gewicht beilegen wollte, auch einem

öffentlichen schriftlichen Zeugnisse (z. B. einem Protokolle) über ein solches Geschäft die Beweiskraft abgesprochen werden müßte, was doch von keiner Seite geschieht. Auch steht es ja dem Probaten immerhin frei, wenn er von einer Simulation Kenntniß hat, diese zu beweisen, oder im Falle des Verdachts einer Gefährde den Calumnieneid zu fordern.

Aus dem angeführten Grunde beweisen übrigens dispositive Urkunden nicht bloß in dem Falle, wenn sie von den streitenden Theilen selbst, oder von einem derselben, sondern auch dann, wenn sie von einem Dritten herrühren, welcher bei dem Rechtsstreite nicht betheiligt ist. Denn nur die Beweiskraft eines bloßen Zeugnisses dritter Personen ist durch gerichtliche Vernehmung und eidliche Bekräftigung bedingt; die Urkunden der angeführten Art sind aber nicht Zeugnisse, sondern eigene Willenserklärungen ihres Ausstellers. Auch ist es gleichgültig, ob die Urkunde eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist, wenn nur die Aechtheit der letzteren keinem Zweifel unterliegt. Denn die öffentliche Form macht zwar den Aechtheitsbeweis überflüssig; aber die Thatsache der Willenserklärung ist dabei keine andere, als bei einer Privaturkunde. — Oeffentliche Urkunden enthalten übrigens seltner eine eigene Willenserklärung des Ausstellers, sondern gewöhnlich nur ein schriftliches Zeugniß über die Willenserklärung anderer Personen, z. B. Protokolle über die vor Gericht geschlossenen Privatverträge, und sind daher gewöhnlich nach den unter I. angeführten Grundsätzen zu beurtheilen. Indessen gibt es doch allerdings auch öffentliche Urkunden, welche in die gegenwärtige Kategorie zu zählen sind, z. B. Gesetze, amtliche Anordnungen, richterliche Decrete u. dgl.

Die Beweiskraft aller hieher gehörigen Urkunden beschränkt sich aber immer bloß auf die Thatsache der

getroffenen Disposition und ihres Inhaltes. Die rechtliche Gültigkeit der Verfügung wird dadurch keineswegs außer Zweifel gesetzt, weßhalb auch dem Probaten namentlich der Beweis des Betruges, der Simulation u. dgl. immerhin offen bleibt.

Vergl. über das Ganze:

Gensler im Archiv für civil. Praxis. II. S. 4. lit. D. flg.

Wachenhusen ebend. Bd. XIII. S. 130 flg., insbesondere S. 221 flg.

Gerau in der Zeitschrift von Linde und Marezoll. XX. S. 94 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 138.

Anderer Meinung sind:

Bülow und Hagemann, Erört. I. Erört. 24. §. 4 und 5.

v. Spangenberg, die Lehre vom Urkundenbew. II. S. 28 und 30.

Strippelmann a. a. O. S. 21 bis 23 und dann S. 81 und flg. bis 374.

Langenbeck a. a. O. S. 616—682.

Fortsetzung.

§. 254.

In der bisherigen Darstellung wurde vorausgesetzt, daß der Inhalt einer zur Führung des Beweises benützten Urkunde einfach und gleichartig sey, z. B. daß sie nur ein Zeugniß, nur ein Geständniß, oder eine Behauptung zum eigenen Vortheil des Ausstellers u. s. w. enthalte. Der Inhalt einer Urkunde kann aber auch gemischt und zusammen-

gesetzt seyn, es kann z. B. in derselben neben einem Geständnisse des Ausstellers auch eine für ihn vortheilhafte Aeußerung vorkommen u. dgl. In Fällen dieser Art hat man im Allgemeinen die Regel zu beobachten, daß für jeden eigenthümlichen Bestandtheil der Urkunde die auf ihn passenden besonderen Grundsätze in Anwendung zu bringen sind, welche in den vorhergehenden Paragraphen aufgestellt wurden. Wenn also z. B. in einer dispositiven Privaturkunde eines Dritten außer der wirklichen Willenserklärung des Ausstellers auch noch eine Aeußerung vorkommt, welche nur als ein Zeugniß betrachtet werden kann, so hat die Urkunde rücksichtlich des bezeugten Umstandes keine volle Beweiskraft.

Gerau a. a. O. S. 100 flg.

Eben so beschränkt sich die Beweiskraft einer von einer Partei ausgestellten einseitigen Privaturkunde, welche ein Geständniß, nebenher aber auch einen dem Aussteller günstigen Zusatz erhält, nur auf die eingestandene Thatsache allein. Wenn daher der Gegner des Ausstellers eine solche Urkunde producirt, um durch sie die eingestandene Thatsache zu beweisen, so kann er allerdings bei der Production gegen die Wahrheit des Zusatzes protestiren, deren Beweis sodann dem Gegner zur Last fällt. Zwar ist von mehreren Proceßlehrern unter Bezug auf Nov. 49. c. 2. §. 1. der Satz vertheidigt worden, daß der Producent einer solchen gemischten Urkunde sich durch den Act der Production zur Wahrheit ihres vollen Inhalts bekennen, und daher das für ihn Nützliche von dem Schädlichen nicht trennen dürfe. Allein die hiefür allegirte Nov. 49. c. 2. §. 1. legt der Production einer Urkunde nur die Wirkung bei, daß der Producent die Aechtheit derselben nicht mehr bestreiten könne.

S. oben §. 252, I. B. cc.

Nach allgemeinen processualischen Grundsätzen ist aber gegen diese Trennung umsoweniger etwas einzuwenden, als es, — wenn der Aussteller der Urkunde das darin enthaltene Geständniß jetzt mündlich ablegen, aber einen ihm günstigen Zusatz beifügen würde, — dem Gegner ohne Zweifel erlaubt wäre, das Geständniß anzunehmen, den Zusatz aber zu widersprechen. Auch würde die entgegengesetzte Ansicht leicht von dem Aussteller einer Urkunde über ein ihm nachtheiliges Verhältniß zur Gefährde seines Gegners mißbraucht werden können.

Vergl. über das Ganze:

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. I. S. 113 flg.
Gerau a. a. O. S. 76—82.

Erfordernisse des Urkundenbeweises.

§. 255.

Auch in denjenigen Fällen, in welchen dem Bisherigen zufolge einer Urkunde Beweiskraft beigelegt werden kann, hat sie dieselbe doch nur unter folgenden Voraussetzungen:

I. Es muß die Aechtheit der Urkunde außer Zweifel gestellt, d. h. es muß gewiß seyn, daß sie wirklich von Demjenigen herrührt, welcher als der Aussteller derselben bezeichnet ist. Auf den Inhalt der Urkunde bezieht sich also der Begriff der Aechtheit nicht, und ebensowenig auf die äußere Form derselben. — Ueber die Art und Weise, wie die Aechtheit bei öffentlichen und bei Privaturkunden bewiesen wird, soll nachher in einem besonderen Abschnitte gehandelt werden.

II. Der Inhalt der Urkunde muß relevant seyn, d. h. er muß mit dem Satze übereinstimmen, welcher den Gegenstand der Beweisauflage bildet. — Ist dieß zwar der Fall nicht, läßt sich aber doch aus Dem, was die Urkunde enthält, ein Schluß auf die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung ableiten, so ist der Werth einer solchen Urkunde nach den Grundsätzen über den künstlichen Beweis zu beurtheilen. — Enthält die Urkunde weder unmittelbar, noch mittelbar Etwas, was zur Bestätigung des Beweissatzes dienen könnte, so beweist dieselbe, — auch wenn sie übrigens ächt und vollkommen fehlerfrei seyn sollte, gar nichts, so wenig als zwei, sonst classische Zeugen, welche jedoch von Dem, worüber sie aussagen sollen, nichts wissen.

Wenn sich die wirklich producirte Urkunde auf eine andere bezieht, so kommt es darauf an, ob die erstere (das s. g. documentum referens) in der Absicht abgefaßt wurde, ein den Inhalt der letzteren (des s. g. documentum relati) in dem erforderlichen Umfange beweisendes Document zu verfertigen; oder ob die producirte Urkunde zu einem andern Zweck errichtet, und in derselben nur beiläufig einer anderen Urkunde Erwähnung gethan wurde. In dem letzten Falle gilt die Regel „referens sine relato non probat," d. h. um den Inhalt der angezogenen Urkunde zu beweisen, genügt die bloße Bezugnahme darauf in der producirten Urkunde nicht, sondern es muß das documentum relatum selbst vorgelegt werden. In dem ersten Falle hingegen ist jene Regel nicht anwendbar, so wie auch dann nicht, wenn die in Frage stehende Verpflichtung schon durch das docum. referens allein vollständig begründet und erwiesen würde, falls auch das Geschäft, worauf sich das docum. relatum bezieht, gar nicht vorausgegangen wäre.

Nov. 119. c. 3. und daraus: Authent.

„Si quis etc." C. 2. 1.

Vergleiche darüber:

Leyser, med. Spec. 264. med. 1. 2.

Wernher, Obs. IV. 187.

Heffter, Instit. S. 215,

und vorzüglich:

Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. II. S. 404 flg.

Auch versteht sich, was den Inhalt der Urkunde betrifft, von selbst, daß sich derselbe, — wenn die Urkunde vollkommenen Werth haben soll, nicht in wesentlichen Punkten widersprechen darf; so wie auch, daß er deutlich und bestimmt seyn muß.

c. 14. C. 4. 21.

c. 13. X. 2. 22.

Ueber Blanquete s. *Pufendorf*, Obs. III. obs. 126.

Wetzell, Syst. I. S. 153. not. 87.

III. Es darf an den nothwendigen äußeren Förmlichkeiten der Urkunde nichts fehlen.

Die äußeren Formen hängen aber theils von der individuellen Beschaffenheit des beurkundeten Geschäftes ab, theils sind sie allgemeine.

Die ersteren lehrt die Theorie des Civilrechts. Hinsichtlich der letzteren sind aber öffentliche und Privaturkunden zu unterscheiden. — Bei öffentlichen Urkunden wird heutzutage wohl allenthalben die Unterschrift der ausstellenden Behörde und die Beidrückung des öffentlichen Siegels für nöthig erachtet.

Vergl. c. 2. X. 2. 22.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 235.

Die Form der Notariatsurkunden richtet sich nach der Notariats-Ordnung vom Jahre 1512, insoweit dieselbe nicht durch Landesgesetze abgeändert worden ist. Bei

Privaturkunden ist jetzt wenigstens die Unterschrift des Ausstellers wesentlich; wenn aber derselbe schreibensunkundig ist, so wird die Unterschrift durch ein Handzeichen ersetzt.

S. Bopp in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. IV. S. 297 flg.

Oesterley, das deutsche Notar. II. S. 521.

Wetzell, I. S. 150. not. 74.

Bei der Beurtheilung alter Urkunden muß die Geschichte und Diplomatik zu Hülfe genommen werden. Sehr reichhaltige und genaue Aufschlüsse hierüber enthält das ausgezeichnete Werk von Ernst Spangenberg: die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden 2te Abth. Heidelberg 1827.

Ueber Urkunden mit Interlineaturen und Zusätzen am Rande s. Heise und Cropp, Jurist. Abh. I. S. 104 flg.

IV. Die Urkunden, durch welche eine Partei den Beweis zu führen gedenkt, müssen im Original producirt werden. Einfache Abschriften haben gar keine Beweiskraft, und es kann dem Gegner des Beweisführers nicht einmal zugemuthet werden, sich über die Aechtheit solcher Abschriften zu erklären, weil diese Erklärung voraussetzt, daß dem Producten die eigenen Schriftzüge des angeblichen Ausstellers der Urkunde vor Augen gebracht werden.

c. 1. X. 2. 22.

„*ad exemplaria* nil facere possumus."

In der Quelle dieser Decretale findet sich zwar anstatt des Wörtchens „*ad*" der Ausdruck „aut", und diesemnach würden die Abschriften den Urschriften gleichgestellt seyn. Allein die Praxis hat der in den Ausgaben der Decretalen vorkommenden Lesart „ad" den Vorzug gegeben.

Spangenberg, die Lehre vom Urkundenbeweis II. S. 11, und im Archiv für civil. Prar. II. S. 102 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 154 not. 94.

Hinsichtlich der beglaubigten (vidimirten) Abschriften kommt es aber darauf an, ob das Original eine öffentliche, oder nur eine Privaturkunde war. In dem ersten Falle läßt sich die Gleichstellung der Abschrift mit dem Originale aus guten Gründen vertheidigen, zumal in dem Falle, wenn dieselbe öffentliche Behörde, welche das Original ausgestellt hatte, auch den Beglaubigungsact vorgenommen hat. Vidimirte Abschriften von bloßen Privaturkunden werden aber wegen der Möglichkeit einer Täuschung der beglaubigenden Behörde über die Aechtheit des angeblichen Originals mit Recht den einfachen Copien gleichgestellt.

Nur dann, wenn bei dem Beglaubigungsacte auch der Product, gegen welchen jetzt die Abschrift gebraucht wird, zugegen gewesen wäre, und das Original als ächt anerkannt hätte, würde die beglaubigte Abschrift gegen ihn die Stelle des Originals vertreten.

S. oben §. 240.

Von der Aechtheit der Urkunden insbesondere.

§. 256.

Für die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde spricht, wenn sich die äußeren Kennzeichen der legalen Ausfertigung (insbesondere das entsprechende Amtssiegel) an derselben vorfinden, und auch kein anderer Fehler den Verdacht der Unächtheit erregt, eine Rechtsvermuthung.

Weil nämlich die Form der Siegel öffentlicher Behörden notorisch ist, und der Gebrauch derselben einer Privatperson nicht nur rechtlich nicht gestattet, sondern auch durch die angeordnete sorgfältige Verwahrung besonders erschwert ist, so darf der Richter eine Urkunde, welche mit einem solchen Siegel versehen und auch sonst fehlerfrei ist, so lange als ächt gelten lassen, bis etwa das Gegentheil bewiesen wird.

Vgl. c. 2. X. 2. 22.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 236 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 149. not. 72.

Eine ausdrückliche Anerkennung der Aechtheit von Seite des Proceßgegners ist daher, — obgleich ihm die Urkunde zur Einsicht im Original vorgelegt werden muß, — ebensowenig nothwendig, als ein bloßer Widerspruch der Aechtheit (Diffession) von seiner Seite für den Producenten die Verbindlichkeit erzeugen kann, die Aechtheit der Urkunde durch die gewöhnlichen Mittel zu beweisen. Vielmehr muß der Gegner, wenn er ungeachtet der tadellosen äußeren Form die Urkunde für unächt erklärt, den Beweis der Verfälschung übernehmen, und dadurch die ihm entgegenstehende Rechtsvermuthung zu zerstören suchen.

Gensler im Arch. I. S. 60 flg.

Die Frage, ob diese Grundsätze auch auf ausländische öffentliche Urkunden anwendbar seyen oder nicht, ist mit Rücksicht auf die thatsächliche Notorietät der auswärtigen Formen und Siegel für den instruirenden inländischen Richter zu beantworten.

Ueber archivalische Urkunden s. Spangenberg a. a. O. II. S. 40 flg. und im Arch. f. civ. Prax. II. S. 87 flg.

Privaturkunden haben aber die Rechtsvermuthung der Aechtheit nicht für sich, weil die Schriftzüge und das Siegel einer Privatperson nicht notorisch sind. Wer sich also einer solchen Urkunde zum Beweise bedient, muß vor Allem den Richter von der Aechtheit derselben zu überzeugen suchen. Die Herstellung dieser Ueberzeugung wird nun zuerst immer dadurch versucht, daß man die Urkunde dem Producten gerichtlich vorlegt, und denselben auffordert, sich zu erklären, ob er sie recognoscire oder diffitire, d. h. ob er sie als ächt anerkenne oder nicht. In dem ersten Falle ist jeder weitere Aechtheitsbeweis von Seite des Producenten überflüssig. In dem zweiten Falle aber muß der Producent den Beweis der Aechtheit übernehmen, wenn er es nicht zu dem Diffessionseide kommen lassen will, durch welchen, wenn er wirklich geleistet wird, die Urkunde alle Beweiskraft verliert. Der Aechtheitsbeweis zur Abwendung des Diffessionseides kann übrigens durch alle gewöhnlichen Beweismittel geführt werden, namentlich durch Zeugen, welche gesehen haben, daß der Product die Urkunde schrieb oder unterschrieb; durch andere Urkunden, worin von dem Produkten die Aechtheit der bestrittenen bereits anerkannt wurde (in welchem Falle aber freilich über die Aechtheit dieser Hülfsurkunden wieder ein Aechtheitsbeweis nöthig werden könnte, wenn sie auch nur documenta privata wären, und ebenfalls nicht recognoscirt würden), endlich durch die s. g. Schriftenvergleichung oder *comparatio litterarum.*

Von der Recognition insbesondere.

§. 257.

Unter Recognition versteht man die Anerkennung der Aechtheit einer Privaturkunde von Seite Desjenigen, gegen welchen sie producirt worden ist. Sie geschieht gewöhnlich ausdrücklich, — kann aber auch stillschweigend durch concludente Handlungen zu erkennen gegeben werden.

Gensler im Arch. I. S. 43. not.**.

Daß hiebei die anerkennende Erklärung auf den ganzen Context des schriftlichen Aufsatzes ausgedehnt werde, ist nicht nothwendig, sondern, weil von Dem, der eine — wenn auch von fremder Hand geschriebene Urkunde unterzeichnet, anzunehmen ist, daß er sich hiedurch auch den Inhalt der Urkunde eigen mache (subscriptio tenet subscribentem), so genügt es, wenn der Product auch nur zugesteht, daß die Unterschrift von der Hand Desjenigen herrührt, der sich durch die Unterschrift selbst genannt hat. — Die Frage, ob nicht der Product ungeachtet der Recognition der Unterschrift doch gegen die Aechtheit des Inhaltes oder eines Theiles desselben protestiren könne, ist (unter Voraussetzung einer sonst unverdächtigen Form der Urkunde) insofern zu verneinen, als die einfache Protestation die Vermuthung nicht zu zerstören vermag, welche aus der Aechtheit der Unterschrift für die Aechtheit des Inhaltes entspringt. Wenn jedoch der Product bereit ist, eine Verfälschung des Inhaltes zu beweisen, oder darzuthun, daß mit einem Blanquet ein Mißbrauch gemacht worden sey, so wird er daran durch die Recognition der Unterschrift keineswegs gehindert.

Heffter, Syst. S. 303. not. 209.
Mühlenbruch, Entw. S. 167.
Schmid, Handb. II. S. 298. not. 16.
Wetzell, Syst. I. S. 153 oben.

Die innere Glaubwürdigkeit und beweisende Kraft der Urkunde wird jedoch durch die Recognition derselben in keiner Weise alterirt; d. h. eine Scriptur, welche gemäß den oben §. 252—254 vorgetragenen Grundsätzen keinen oder nur geringen Glauben verdient, gewinnt in dieser Beziehung durch den Umstand nichts, daß sie von dem Producten als ächt anerkannt wird. — Uebrigens kann in der Regel die Abgabe einer Erklärung über die Aechtheit einer zum Behufe einer Beweisführung producirten Privaturkunde ebensowenig verweigert werden, als die Antwort auf die Klage in dem ersten Verfahren. Ja der Ungehorsam hat in dieser Beziehung sogar eine nachtheiligere Folge, weil der Product zur Abgabe jener Erklärung unter der Androhung der Fiction eines Geständnisses (poena recogniti) aufgefordert werden darf. Nur dann kann diese Erklärung ohne Gefahr verweigert werden, wenn entweder anstatt des Originals nur eine Abschrift vorgelegt wurde (s. oben S. 851 Nr. IV.), oder wenn der Inhalt der Urkunde offenbar irrelevant oder für sich schon gänzlich und evident unglaubwürdig ist. — Hingegen der Umstand, daß die Urkunde statt einer förmlichen Unterschrift nur mit einem Handzeichen versehen ist, macht dieselbe der richtigeren Ansicht zufolge keineswegs irrecognoscibel.

Bopp, Zeitschr. für Civilr. u. Proc. IV. S. 297 flg.

Eine kategorische Erklärung über die Aechtheit der Urkunde kann übrigens von dem Producten nur in dem Falle gefordert werden, wenn er selbst als Urheber oder Miturheber derselben bezeichnet wird. In anderen

Fällen muß ihm auch gestattet werden, sich dahin zu erklären, daß er nicht wisse noch glaube, daß die Urkunde von dem angeblichen Urheber herrühre.

Vergl. über die Recognition überhaupt: Strippelmann a. a. O. Abth. 2. S. 103 flg.

Von der Diffession.

§. 258.

Die Diffession besteht in der Erklärung des Producten, daß die vorgelegte Urkunde unächt sey, oder daß er sie wenigstens für unächt halte. Sie ist daher die Negation einer Thatsache, welche von dem Producenten, kraft der Benützung der Urkunde als Beweismittel, stillschweigend als wahr vorausgesetzt wird, und schiebt demnach, wie jeder Widerspruch einer selbständigen Angriffsbehauptung, die Beweislast auf den Gegner. Indessen ist doch in diesem Falle ein wesentlicher Unterschied zu bemerken. Während nämlich sonst der widersprechende Theil sofort gänzlich befreit wird, wenn der behauptende den ihm obliegenden Beweis nicht liefern kann oder will, ist hier der diffitirende Product verpflichtet, auch wenn der Producent keinen Aechtheitsbeweis versuchen sollte, seinen Widerspruch doch noch eidlich zu bekräftigen. — Diese Singularität erklärt sich historisch aus dem Umstande, daß man im Mittelalter theils wegen der geringeren Verbreitung der Schreibekunst, theils wegen der Strafbarkeit der Urkundenfälschung annehmen zu dürfen glaubte, auch bei Privaturkunden spreche wenigstens einige Vermuthung für deren Aechtheit, wenn diese auch noch durch keine anderweitigen Gründe hergestellt sey; — und daher — nach den allgemeinen Grundsätzen über die Anwendung des Reinigungseides — den

Producten jedenfalls für verpflichtet hielt, sich durch die eidliche Bekräftigung seines Widerspruches von dem ihm entgegenstehenden Verdachte zu reinigen.

Ortloff in s. jurist. Abh. u. Rechtsfällen. Jena 1847. I. S. 90. flg.

Wetzell, Syst. I. S. 151 u. 152. bes. not. 86.

In seiner heutigen Gestalt ist dieser sogenannte Diffessionseid weder dem Röm. Rechte, noch einer anderen gesetzlichen Quelle des gemeinen Proceßrechtes bekannt, sondern nur als ein Gebilde des Gerichtsgebrauches zu betrachten, welches jedoch schon längst allenthalben Eingang und Aufnahme gefunden hat.

Die Formel, nach welcher dieser Eid geleistet wird, ist verschieden, je nachdem die diffitirte Urkunde dem Diffitenten selbst, oder einem Dritten als Urheber zugeschrieben wird. In dem letzten Falle hat der Product nur sein „Nichtwissen und Nichtglauben" zu beschwören, während er in dem ersten Falle eidlich zu versichern hat, daß er die bestrittene Urkunde weder selbst geschrieben oder unterschrieben habe, noch durch einen Andern für sich habe schreiben oder unterschreiben lassen.

Ueber die rechtliche Natur des heutigen Diffessionseides sind in Folge der Zweideutigkeit seines Ursprunges die Meinungen getheilt.

Einige halten ihn für einen speciellen Calumnieneid, z. B.

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) §. 207. not. e. und §. 214. not. d.

Christi. J. A. Sengebusch, D. De indole jur diffess. Goett. 1801.

Andere für einen zuzuschiebenden Haupteid, z. B.

Malblanc, doctrina de jurejur. §. 50.

v. Glück, Comm. XXII. S. 47 flg.

noch Andere für einen Reinigungseid, z. B. *Schaumburg,* princ. prax. jud. p. 223 in fine. Eichhorn, deutsche St. u. R. G. III. Thl. S. 441. Wetzell, Syst. I. S. 151.

In den praktischen Folgen ist es keineswegs gleichgültig, welcher von diesen Meinungen der Vorzug gegeben wird, indem z. B. nach der ersten Ansicht die Ableistung dieses Eides auch durch einen Bevollmächtigten zulässig seyn würde, nicht aber nach der zweiten und dritten; — dagegen aber die Zurückschiebung des Eides, sowie die Gewissensvertretung, welche die Vertheidiger der zweiten Ansicht für zulässig halten, mit dem Gesichtspunkte des Gefährdeeides unvereinbar ist.

Wenn man jedoch den Diffessionseid mit allen Eigenthümlichkeiten, welche er in dem wenigstens vorherrschenden Gerichtsgebrauche einmal angenommen hat, festhält, so entspricht er keiner der bisher angedeuteten Ansichten vollkommen. Als Gefährdeeid kann er nicht betrachtet werden, weil nach der Ableistung desselben kein Aechtheitsbeweis mehr zugelassen wird, und weil die Formel des Diffessionseides, wenigstens bei der Diffession solcher Urkunden, welche dem Diffitenten selbst zugeschrieben werden, nicht auf die subjective Gesinnung des Schwörenden, sondern auf eine äußere Thatsache gerichtet ist. — Der Gesichtspunkt eines freiwillig zuzuschiebenden Haupteides paßt nicht (obgleich in Folge einer freiwilligen Delation allerdings derselbe Satz beschworen werden müßte, welcher den Inhalt des Diffessionseides bildet, und obgleich der Diffessionseid wie der freiwillig zugeschobene, den Gegenbeweis ausschließt), weil weder die Relation, noch die Gewissensvertretung dabei zugelassen wird. — Was endlich den Gesichtspunkt des Reinigungseides betrifft, so hat dieser allerdings, historisch, das Meiste für sich. Allein der Respect, welchen die

„*littera scripta*“ überhaupt im Mittelalter genoß, besteht jetzt gewiß nicht mehr in dem Grade, daß man auch für die Aechtheit einer bloßen Privatscriptur eine Präsumtion in Anspruch nehmen könnte, welche stark genug wäre, die Belastung des Producten mit einem Reinigungseide hinreichend zu rechtfertigen. Im Hinblicke auf den gegenwärtigen Gerichtsgebrauch scheint daher Gensler Recht zu haben, wenn er bemerkt: „Der Diffessionseid steht für sich allein, mit und in seinem eigenen Gebiet und Wesen, durch die Reichsgesetze im Allgemeinen gebilliget, durch den Gerichtsgebrauch und Landesgesetze näher regulirt.“

Arch. für civ. Prax. II. S. 327.

Vgl. Goldschmidt, Abh. VIII.

Strippelmann a. a. O. Abth. 2 S. 250 flg.

Langenbeck a. a. O. Abth. 3 S. 656 flg.

Die ältere Litteratur über diesen Gegenstand s. bei Wetzell, System I. S. 151. not. 80 flg.; bei Glück, Com. XXII. S. 45—51 in den Noten. — Die neuere in Schmid's Hdb. II. S. 303 in den Noten.

Von der Schriftenvergleichung (comparatio, collatio litterarum).

§. 259.

Die Schriftenvergleichung ist ein künstlicher Aechtheitsbeweis durch Kunstverständige. Wenn nämlich der Product die ihm vorgelegte Urkunde diffitirt, so kann der Producent darauf antragen, daß diese Urkunde durch Schreibverständige mit einer anderen Scriptur verglichen werde, von welcher es bereits gewiß ist, daß sie von der Hand des

angeblichen Urhebers der bestrittenen Urkunde herrührt, um hierdurch das auf die Aehnlichkeit der Schriftzüge in beiden Urkunden zu begründende Urtheil zu bewirken, daß auch das bestrittene Document von derselben Hand geschrieben, also ächt sey.

Die comparatio litterarum ist daher nicht zu verwechseln mit der s. g. recognitio documentorum per testes, welche darin besteht, daß man Personen, welchen die Handschrift des angeblichen Ausstellers der bestrittenen Urkunde anderswoher bekannt ist, nur die bestrittene Urkunde allein vorzeigt, und sie befrägt, ob sie in derselben die Hand des angeblichen Ausstellers erkennen oder nicht.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 411 flg.

Diese letztere Einrichtung ist den gesetzlichen Quellen des gemeinen Processes ganz fremd, und beruht nur auf einem noch dazu sehr schwankenden Gerichtsgebrauche. Die Schriftenvergleichung kommt aber schon in dem neueren Römischen Rechte vor, und die Justinianische Sammlung enthält mehrere darauf Bezug habende Vorschriften,

c. 22. C. 9. 22.
c. 16. (restituirt aus den Basiliken) und
c. 20. C. 4. 21.
Nov. 49. c. 2.
Nov. 73.

welche indessen freilich durch ihre Umständlichkeit und den schnell aufeinander folgenden Wechsel ihres Inhaltes deutlich genug beweisen, daß man auch die Schriftenvergleichung gegen zufällige und absichtliche Täuschungen nicht vollkommen zu sichern wußte.

Vergl. darüber besonders:

Klüpfel im Arch. für civ. Prax. II. S. 333 flg.

Zimmern, Gesch. des Röm. Privatr. III. §. 149.
Goldschmidt, Abhandl. IX. §. 1 u. 2.

Da weder der Text des canonischen Rechtes, noch die deutschen Reichsgesetze neue Bestimmungen über diesen Gegenstand enthalten, so bildet zwar das Römische Recht noch die allgemeine Grundlage dieser Lehre, jedoch mit manchen durch den Gerichtsgebrauch recipirten Modificationen, als deren gemeinsame Richtung ein Hinwegsetzen über die ängstlichen Beschränkungen des Römischen Rechtes bezeichnet werden kann, wo man diese nicht in der Natur und in dem Zwecke des Institutes selbst hinreichend begründet zu finden glaubte.

Gegenwärtig dürften folgende Grundsätze auf gemeinrechtliche Geltung Anspruch haben:

I. Wer von der Schriftenvergleichung Gebrauch machen will, muß sich vor Allem um eine eigene Handschrift Desjenigen umsehen, der als Urheber der bestrittenen Urkunde genannt ist. Denn ohne ein zuverlässiges, auch von dem Producten unbestreitbares „*manu propria*" des angeblichen Autors des bestrittenen Documentes ist ein auch nur einigermaßen sicheres Gutachten der beigezogenen Schreibverständigen nicht möglich. — Auf den Inhalt dieser Hülfsurkunde kommt jedoch begreiflicher Weise nichts an, weil es ja nur darum zu thun ist, einen zuverlässigen Maßstab zur Prüfung der Aechtheit der bestrittenen Schriftzüge zu erhalten. — Auch wird jetzt nicht mehr, — wie das Römische Recht es vorschreibt, —

c. 20. C. 4. 21.
Vgl. Nov. 49. c. 2. und Nov. 73.

darauf gehalten, daß die Aechtheit der maßgebenden Scriptur durch öffentlich autorisirte Personen, oder durch die Mitunterschrift von drei Zeugen, oder durch die bisherige

Aufbewahrung derselben in einem öffentlichen Archive u. dgl. beglaubigt seyn müsse; sondern man läßt jede Privatschrift des angeblichen Ausstellers der streitigen Urkunde als Maßstab zu, welche der Product als ächt anerkennt, oder nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen mit Erfolg nicht diffitiren kann.

Die Frage, ob, wenn der Producent eine solche brauchbare Hülfsurkunde nicht aufzufinden vermag, der Aussteller der bestrittenen Urkunde nicht angehalten werden dürfe, dem Producenten zu Dienste jetzt vor Gericht etwas niederzuschreiben, wird zwar von Schweikart unter Bezug auf eine alte Praxis in der

Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. IV. S. 331 flg.

bejaht. Ein vorsichtiger Producent wird jedoch in der Regel lieber auf die Schriftenvergleichung überhaupt Verzicht leisten, als diese Praxis für sich geltend machen.

Vergl. Mittermaier in derselben Zeitschrift. III. S. 168 flg.

Wenn man übrigens unter mehreren gleich authentischen Hülfsurkunden die Wahl hat, so ist es rathsam, eine solche zu wählen, deren Entstehungszeit nicht zu weit von der Entstehungszeit der bestrittenen Urkunde entfernt ist, weil sich die Handschrift eines Menschen nicht selten im Laufe der Jahre verändert.

II. Die Vergleichung der beiden Handschriften, — der unbestrittenen und der bestrittenen, — muß vor Gericht, und zwar durch eigens von den Parteien dazu gewählte und beeidigte Schreibverständige vorgenommen werden.

c. 20. C. 4. 21.

Nov. 49. c. 2. in fin.

Die Zulassung zu diesem Geschäfte ist übrigens zwar einerseits dadurch nicht bedingt, daß Jemand förmlich als

Schreibmeister angestellt sey; andererseits genügt es aber doch auch nicht, daß Jemand nur selbst nothdürftig lesen und schreiben könne, sondern es wird hiezu eine durch den bekannten Beruf oder die regelmäßige Beschäftigung des Gewählten verbürgte Erfahrung und Uebung desselben in der Schreibkunst und im Lesen fremder Handschriften vorausgesetzt. Bei alten Urkunden kann auch die Beiziehung von Archivsbeamten angemessen erscheinen. Der Richter selbst soll jedoch die Vergleichung in keinem Falle vornehmen.

III. Nach Röm. Rechte soll zwar die Schriftenvergleichung nur in subsidium, d. h. nur dann zugelassen werden, wenn dem Producenten kein anderer directer Aechtheitsbeweis, z. B. durch Zeugen, zu Gebote steht, und der Producent wird daher in dieser Hinsicht auch zur Leistung eines Gefährdeeides verpflichtet.

Nov. 73. c. 7. §. 3.

Allein von diesem Gefährdeeide wird in der Praxis gewöhnlich Umgang genommen.

IV. Was die Wirkung der comp. litter. betrifft, so kann durch dieselbe auch in dem günstigsten Falle nie ein vollständiger Beweis der Aechtheit, sondern nur ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit hergestellt werden, daß der Producent zum Erfüllungseide zugelassen wird. Denn bei der Möglichkeit, daß auch zwei verschiedene Personen eine sehr ähnliche Handschrift führen, und bei der Leichtigkeit, eine fremde Handschrift auf das Täuschendste nachzuahmen, würde es sehr gefährlich seyn, dieser Probe ein größeres Gewicht beizulegen. Fällt aber das Gutachten der Sachverständigen schwankend und unsicher aus, so kann sich der Richter dazu bewogen finden, den Producten zum Reinigungseide zuzulassen, welcher seinem Inhalte nach dem Diffessionseide gleichkommt. Sollten aber die Sachverstän-

digen die bestrittene Urkunde entschieden für unächt erklären, so kann der Producent von seinem Gegner den Diffessionseid nicht mehr verlangen.

Vergl. über das Ganze:

v. Glück, Comm. XXII. S. 87 u. flg., wo auch in der Note 69 die ältere Literatur über diesen Gegenstand zu finden ist.

Gensler im Arch. II. S. 329 flg.

Heffter, Syst. §. 251.

Ortloff, der Diffessionseid u. s. w. in seinen jurist. Abh. Jena 1847. I. S. 90 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 302.

Wetzell, Syst. I. S. 150.

Strippelmann a. a. O. Abth. 2. S. 284.

Der oben angedeuteten recogn. docum. per testes ist übrigens nach gemeinem Rechte jedenfalls noch weniger Werth beizulegen, als der comparatio litterarum, wenn auch die Zeugen schreibenskundige Personen sind, weil sie die Vergleichung nicht mit einer wirklichen, vor ihren Augen liegenden Handschrift, sondern nur mit einem Gedächtnißbilde derselben vornehmen können. Gewöhnlich wird über diese Aechtheitsprobe absolut der Stab gebrochen;

S. z. B. Gensler a. a. O. S. 328 not. 54.

Wetzell a. a. O. S. 150 not. 75.

allein ohne allen Grund ist doch nicht, was Gesterding dafür geltend macht.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 411 flg.

Vgl. Schmid, Hdb. II. S. 301.

Von den s. g. instrumentis quasi publicis.

§. 260.

Nach dem Pandektenrechte hing die Beweiskraft einer Privaturkunde keineswegs von der Zuziehung von Zeugen ab.

S. z. B. Fr. 26. §. 2. D. 16. 3.

Auch noch unter den späteren Kaisern waren schriftliche Aufsätze über Verträge aller Art ohne Dazwischenkunft von Zeugen zum Beweise vollkommen hinreichend. In Ansehung hypothekarischer Verträge wurde jedoch von Kaiser Leo in

c. 11. C. 8. 18.

vorgeschrieben, daß ein Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht durch ein instrumentum publicum beweisen könne, demjenigen ohne Rücksicht auf das Alter der Hypothek vorgehen soll, welcher nur eine Privatverschreibung für sich hätte, ausgenommen diese Privaturkunde wäre zugleich von wenigstens drei unbescholtenen männlichen Zeugen mit unterzeichnet, in welchem Falle sie als ein instrumentum quasi publice confectum zu betrachten sey.

Eben so verordnete Justinian in

Nov. 117. c. 2.

daß, wenn Jemand in instrumento publico, *sive* propria manu conscripto *et habente subscriptionem trium testium fide dignorum* sein mit einer libera mulier erzeugtes Kind filius oder filia genannt hätte, dasselbe sodann als legitim gelten sollte.

Aus diesen singulären Vorschriften hat man nun den allgemeinen Satz abgeleitet, daß alle Privaturkunden, wenn sie nur von drei Zeugen unterschrieben sind, gleiche Beweiskraft mit öffentlichen Urkunden haben sollen.

S. z. B. schon *G. Durandi,* spec. I. II. part. 2. p. 458. nro. 2.

Lauterbach colleg. l. XXII. t. 4. 11.

Allein, wenn dieser Satz richtig wäre, so müßte unter der gedachten Voraussetzung auch ein außergerichtlich ausgestelltes schriftliches Privatzeugniß über irgend einen Vorfall volle Beweiskraft haben, was den allgemein anerkannten Grundsätzen über die Erfordernisse eines vollgültigen Zeugenbeweises widersprechen würde.

Man wird daher s. g. instrumenta quasi publica in processualischer Hinsicht eben so behandeln müssen, wie instrumenta privata, z. B. hinsichtlich der Nothwendigkeit der Recognition von Seite des Ausstellers, der Zulässigkeit der Diffession und des Diffessionseides.

Gensler im Arch. f. civ. Pr. II. S. 322 flg.

Nur den Vortheil gewährt ein instr. quasi publicum, daß im Falle einer Diffession der Aechtheitsbeweis leichter geführt werden kann; und, wenn die testes subscripti bei dem Abschlusse des beurkundeten Geschäftes selbst zugegen waren, so kann man sich, — falls auch die Urkunde, als solche, in dem gegebenen Falle kein genügendes Beweismittel wäre, — damit helfen, daß man die unterzeichneten Personen als Zeugen über den Vorgang selbst eidlich vernehmen läßt.

Vergl. Thibaut, P. S. §. 1176.

Glück, Comm. XVIII. S. 283 flg.

A. M. scheint zu seyn: Martin, Lehrb. §. 205. not. h. (12te Aufl.)

S. noch: Strippelman a. a. O. Abth. 1. S. 134 flg. Langenbeck a. a. O. Abth. 3 S. 633 flg. und S. 650 not.

Die Verordnungen Justinians, daß Privaturkunden über Darlehen, Zahlungen und andere Contracte, welche nicht in Gegenwart von wenigstens drei, oder wohl gar fünf Zeugen errichtet worden sind, von dem Richter gar

nicht berücksichtigt werden sollen, werden heutzutage nicht mehr beobachtet.

c. 17. C. 4. 2.

Nov. 73.

Heffter, Inst. S. 214. Nr. 5.

V. Von dem Beweise durch Eide.

Einleitung.

§. 261.

Wenn der Eid als ein Beweismittel im Civilprocesse genannt wird, so ist dieß keineswegs so zu verstehen, als ob es jedem streitenden Theile frei stünde, sich zum Beweise der von ihm aufgestellten, für ihn vortheilhaften Behauptungen zur eidlichen Bestätigung derselben zu erbieten, mit dem Erfolge, daß sich sein Gegner ein solches Anerbieten gefallen lassen müßte. Denn in diesem Falle würde der Eid entweder zu keinem Resultate führen, weil sich jede Partei zur eidlichen Bekräftigung der von ihr aufgestellten Behauptung, auch wenn diese der Behauptung des Gegners direct entgegengesetzt wäre, erbieten könnte; oder er würde, wenn man dem zuerst sich dazu Anbietenden den Vorzug einräumen wollte, das gefährlichste Werkzeug in der Hand des Gewissenlosen werden. — Zum Gebrauche des Eides kann es vielmehr im gerichtlichen Streitverfahren nur in folgenden Fällen kommen:

1) Wenn eine Partei selbst ausdrücklich erklärt, sie wolle von einer Behauptung abstehen, falls sich ihr Gegner die Unwahrheit derselben zu beschwören getrauen würde (jusjurand. *voluntarium*, — *litis decisorium*, freiwilliger Haupteid, Schiedeseid);

2) wenn über eine erhebliche Behauptung nur ein unvollständiger Beweis geliefert wurde, welcher zur

Fällung eines Urtheils nicht genügt, und derselbe gleichwohl nach der Lage des Processes auf andere Art nicht mehr ergänzt werden kann.

In diesem Falle ist es nämlich dem Richter erlaubt, entweder auf eidliche Ergänzung des unvollständigen Beweises (juram. *suppletorium*, Erfüllungseid) oder auf eidliche Wegräumung desselben (juram. *purgatorium*, Reinigungseid) zu erkennen. Diese beiden Eide heißen auch jur. *necessaria*, weil sich die Parteien diese Eidesauflage gefallen lassen müssen. — Endlich

3) gibt es auch einige Fälle, in welchen eine Partei ohne vorläufigen Antrag ihres Gegners, und ohne daß die Bedingungen der sub nro. 2 genannten Eide vorhanden sind, doch zur eidlichen Bestärkung einer für sie vortheilhaften Behauptung vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung zugelassen wird. — Hieher gehört namentlich das *jusjur.* in *litem* (der Schätzungs- oder Würderungseid) und das jur. *Zenonianum*.

Die Ausdrücke: jusjur. *voluntarium* und *necessarium* kommen schon im Röm. Rechte vor,

s. die Ueberschrift des Digestentitels XII. 2.

aber in einer anderen Bedeutung, als in welcher wir sie gebrauchen. Ueber diese Bedeutung sind zwar verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Das Wahrscheinlichste ist jedoch, daß unter jusjur. *voluntarium* der außergerichtliche Eid verstanden wurde, weil sowohl die Zuschiebung als die Annahme desselben von der Willkür der Parteien abhing, d. h. weil auch die Nichtannahme dieses Eides für den s. g. Delaten keine nachtheilige Folge hatte. Der Ausdruck „jusj. *necessarium*" wurde vermuthlich auch für den von den Parteien einander zugeschobenen Eid gebraucht, aber nur dann, wenn die Zuschiebung gerichtlich, also entweder in jure — vor der Obrigkeit, oder in judicio —

vor dem judex geschah, weil in diesen Fällen der Delat den Eidesantrag nicht einfach ablehnen, sondern sich bei Vermeidung eines rechtlichen Nachtheils darauf in einer bestimmten Art einlassen mußte, folglich die Einlassung für ihn nothwendig war. — Den Eid aber, welchen wir jusj. necessarium nennen, bezeichneten die Römer wahrscheinlich mit dem auch in der citirten Ueberschrift vorkommenden Ausdrucke „jusj. *judiciale*".

v. Savigny, Syst. VII. S. 85.

Vgl. Puchta, Instit. II. §. 173. Note e.

In der Proceßlehre ist übrigens nur von den gerichtlichen Eiden allein zu handeln. Die Lehre von dem außergerichtlichen Eide gehört in das Civilrecht, wo auch der Begriff des Eides, die verschiedenen anderweitigen Eintheilungen z. B. in juram promissorium und assertorium, sowie die allgemeinen Erforderniſſe eines gültigen Eides in formeller und materieller Beziehung erörtert zu werden pflegen.

Vgl. darüber: Glück, Comm. XII. §. 789 flg.

Wetzell, Syst. I. §. 25.

Das umfassendste neuere Werk über den Eid, eben so ausgezeichnet durch Gründlichkeit der Forschung, wie durch praktische Brauchbarkeit ist von Dr. F. G. C. Strippelmann in vier Abtheilungen: 1) Der Gerichtseid, Cassel 1855. 2) Die Eideszuschiebung nach gem. u. hess. Privatrechte, Cassel 1856. 3) Die nothwendigen ꝛc. Eide, in 2 Hälften, Cassel 1857.

Von dem freiwilligen Haupteide insbesondere.

Begriff und rechtliche Natur.

§. 262.

Die Zuschiebung oder Delation des freiwilligen gerichtlichen Haupteides besteht, wie kurz vorher bemerkt wurde,

in der Erklärung einer streitenden Partei, daß sie eine von ihr aufgestellte Behauptung aufgeben wolle, wenn die Gegenpartei die Unwahrheit derselben eidlich bekräftigen würde. — Der Eidesantrag wird daher

1) immer auf das Gegentheil derjenigen Behauptung gerichtet, welche der Deferent aufgestellt hatte.

2) Der Deferent macht sich durch einen solchen Antrag verbindlich, einen Anspruch oder ein ihm vortheilhaftes Assert fallen zu lassen, jedoch nur unter der Bedingung, wenn der Gegner vorher schwören würde. Die Eidesdelation ist daher ein Verzicht sub conditione jurisjurandi, oder, wie die Röm. Juristen sich ausdrücken, „jusjurandum speciem transactionis continet."

Fr. 2. D. 12. 2.

Vgl. Fr. 21. D. 4. 3.

Dieser Gesichtspunkt hat, wie sich in der Folge zeigen wird, einen bedeutenden Einfluß sowohl auf die Zulässigkeit als auf die Wirkungen dieses Eides. Daß übrigens dieser Gesichtspunkt heutzutage durch das erweiterte Aufsichtsrecht des Richters seine Bedeutung verloren habe,

v. Savigny, Syst. VII. S. 85.

läßt sich nicht unbedingt behaupten.

3) Die Zuschiebung des freiwilligen Haupteides geschieht keineswegs in der Erwartung, daß der Delat wirklich schwören, sondern vielmehr umgekehrt in der Hoffnung und mit dem Wunsche, daß er nicht schwören werde. — Die Delation ist ein Act des Vertrauens, durch welchen der Deferent zu erkennen gibt, daß er seinen Gegner für so gewissenhaft hält, daß er ihn zum Richter in eigener Sache zu machen keinen Anstand nimmt.

Fr. 1. pr. D. 44. 5.

Dadurch hielten sich auch die Röm. Juristen für berechtigt, dem Delaten die Verbindlichkeit, zu schwören, oder

den Eid zurückzuschieben, unter der Androhung aufzulegen, daß er widrigenfalls so behandelt werden würde, als habe er die Behauptung des Deferenten zugestanden. Denn wer selbst nicht schwören, und auch seinem Gegner nicht gleiches Vertrauen schenken will, welches doch dieser zuerst ihm geschenkt hatte, macht sich in einem so hohen Grade verdächtig, daß er nicht über Unbilligkeit klagen kann, wenn er als Confitent betrachtet wird.

Fr. 38. D. 12. 2.

„Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre."

4) Durch diese Wendung erhält aber die Eidesdelation auch die Kraft eines Mittels zur Herstellung förmlicher Wahrheit. Denn schwört der Delat, so gilt die beschworene Thatsache dem Richter als wahr; verweigert er aber den Eid ohne hinreichenden Grund, so darf der Richter die Behauptung des Deferenten als wahr gelten lassen. In einem wie in dem anderen Falle ist daher der Richter in dieselbe Lage versetzt, in welcher er sich befinden würde, wenn der Beweis durch Zeugen oder Urkunden geführt worden wäre. Er kann absolviren oder condemniren.

Fr. 25. §. 3. D. 22. 3.

Fr. 5. §. 2. Fr. 11. §. 3. Fr. 35. pr. D. 12. 2.

Vgl. über das Ganze: Strippelmann, Eideszuschiebung S. 37 flg.

Allgemeine Bedingungen der Zulässigkeit eines gerichtlichen Eidesantrages.

§. 263.

A. Wer kann den Haupteid deferiren?

Bei der Beantwortung dieser Frage kommt vorzüglich die Natur dieses Eides als *species transactionis* in Betracht.

Insofern nämlich die Zuschiebung des Haupteides als ein Vergleichsantrag erscheint, kann sie 1) nur von solchen Personen geschehen, welche sich durch ihre Handlungen in Ansehung ihres Vermögens verpflichten können. Die Eidesdelation eines prodigus, oder eines Pupillen ohne Beiziehung des Tutors ist daher in ihren nachtheiligen Folgen ohne verbindende Kraft für den Deferenten.

Fr. 17. §. 1. Fr. 35. §. 1. D. 12. 2.

Fr. 1. §. 1. D. 44. 5.

Strippelmann a. a. O. S. 175 flg.

Dasselbe muß jetzt auch von Minderjährigen, die nicht mehr impuberes sind, behauptet werden, insofern sie den Haupteid ohne Zustimmung des Curators deferiren.

Vgl. Fr. 9. §. 4. D. 12. 2.

c. 4. C. 4. 1.

Reinhardt, Hdb. II. §. 243. not. 2.

v. Savigny, Syst. VII. S. 57. not. c.

Dagegen der curator prodigi vel furiosi kann allerdings den Eid gültig zuschieben,

Fr. 17. §. 2. D. eod.

und eben so auch der tutor, insofern ihm keine anderen Beweismittel zu Gebote stehen.

Fr. 17. §. 2. und Fr. 35. pr. D. eod.

c. 7. C. 4. 1.

Einige fordern jedoch bei dem Letzteren auch die obervormundschaftliche Zustimmung, wenn diese zur Veräußerung des Streitgegenstandes nothwendig seyn würde.

Martin §. 224. not. d.

Da übrigens Unmündige, Minderjährige und Pflegbefohlene keine volle Gerichtsstandsfähigkeit besitzen, und dem heutigen Gerichtsgebrauche zufolge in ihren gerichtlichen Streitangelegenheiten nur ihre Vormünder oder Curatoren zugezogen werden, so wird eine von einer solchen

Person allein ausgehende gerichtliche Eidesdelation kaum irgend einmal vorkommen.

Procuratoren sind nach Röm. Rechte zur Eidesdelation nur dann berechtigt, wenn sie entweder in rem suam bestellt sind, oder eine Specialvollmacht dazu haben, oder endlich als procurat. univers. bonorum.

Fr. 17. §. 3. Fr. 34. §. 1. D. eod.

Nach canon. Rechte ist jedoch auch eine Generalvollmacht cum libera schon hinreichend.

c. 4 in 6to 1. 19.

Ob übrigens 2) der Deferent eidesfähig ist oder nicht, darauf kommt nichts an. Auch ein Meineidiger kann seinem Gegner den Eid zuschieben. Denn er hat wohl die persönliche Fähigkeit zum Schwören verloren (c. 14. C. 22. qu. 5.), aber nicht die Fähigkeit sich durch seine Handlungen zu verpflichten. Indessen kann freilich der Delat die Wirkung einer solchen Eideszuschiebung beliebig vereiteln. Denn er braucht nur von dem Deferenten den Gefährdeeid zu fordern; — diesen darf der (überhaupt eidesunfähige) Deferent nicht schwören, und ohne vorgängige Leistung des Calumnien-Eides ist auch der Delat nicht schuldig, den Haupteid zu leisten. — Noch weiter zu gehen, und deßwegen, weil der Deferent nicht schwören **darf**, ihn so zu behandeln, als wenn er nicht schwören **wollte**, ist allerdings zu bedenklich, und zwar nicht bloß aus dem Grunde, weil diese Fiction kein Gesetz für sich hat.

Vergl. **Martin**, Lehrb. §. 224. not. c. (13te Aufl.)

Barth a. a. O. S. 39.

Schmid, Handb. II. S. 331 flg.

Die verschiedenen abweichenden Ansichten über diesen Punkt s. bei **Glück**, Comm. XII. S. 260 flg.

Strippelmann a. a. O. S. 183 flg.

B. Wem kann der Haupteid deferirt werden?

§. 264.

Der Haupteid kann

I. nur der Gegenpartei selbst, nicht auch einem Dritten zugeschoben werden, der an dem Processe nicht unmittelbar Theil nimmt, weil man sich mit einem Dritten über das im Streite befangene Verhältniß auch nicht vergleichen kann. Will man die eidliche Aussage eines Dritten zum Beweise benützen, so muß man ihn als Zeugen vorschlagen, und dieß macht in den Folgen einen wesentlichen Unterschied. — Selbst dann, wenn der Dritte ein Mandatar oder Geschäftsträger des Gegners in der Sache war, auf welche es ankommt, kann ihm doch der Haupteid nicht zugeschoben werden, wie Strube (Bed. IV. 34.) irrig glaubt. — Sollten sich beide Parteien dahin vereinigen, die Entscheidung der Sache von der eidlichen Aussage eines Dritten abhängig machen zu wollen, so ist zwar gegen eine solche Uebereinkunft nichts einzuwenden, aber der Eid ist dann kein jusj. volunt., sondern ein durch Privatwillkür in seiner Wirkung gesteigerter Zeugeneid. — In einem Falle nimmt übrigens wenigstens die Praxis an, daß ein der Gegenpartei deferirter Haupteid eben so wirksam von einem Dritten, wie von ihr selbst abgeleistet oder verweigert werden könne, nämlich dann, wenn der Dritte als auctor oder Cedent des dem Gegner bestrittenen Rechts erscheint, und von dem zu beschwörenden Satze bessere Kenntniß haben muß, als der Gegner selbst.

Vgl. Fr. 1. §. 2. D. 44. 5.

Wernher I. 338.

Leyser, sp. 201. med. 5.

Mittermaier im Arch. XXIII. S. 379 flg.

Schmid, Handb. II. S. 334 flg.

Strippelmann a. a. O. S. 182 flg.

II. Hinsichtlich der Frage, ob auch einem Unmündigen der Eid deferirt werden könne, kommen im Röm. Rechte einige scheinbar widersprechende Stellen vor.

Nach Fr. 26. pr. D. 12. 2. muß man nämlich annehmen, daß auch ein Unmündiger einen gültigen Eid leisten konnte; in Fr. 34. §. 2. D. eod. wird aber geradehin gesagt: pupillo jusjurandum non defertur, und damit stimmt auch das canon. Recht überein.

c. 15. C. 22. qu. 5.

Diese Stellen lassen sich jedoch auf folgende Art vereinigen:

a) Wenn einem Unmündigen der Eid deferirt wird, so ist er nicht schuldig sich darauf einzulassen.

Fr. 34. §. 2. D. 12. 2.

c. 15. C. 22. qu. 5.

Hat er sich aber

b) freiwillig dazu verstanden, und den Eid wirklich geleistet (qui jurasse dicitur), so kann der Deferent die Gültigkeit desselben wegen des Alters des Schwörenden nicht anfechten, indem er selbst die Veranlassung dazu gegeben hat.

Fr. 26. pr. D. 12. 2.

Barth a. a. O. S. 40.

v. Savigny, Syst. VII. S. 57. not. h.

Nicht dagegen ist Fr. 4. D. 12. 3, welches nur vom jusjur. in lit. handelt.

Reinhardt, Hdb. II. §. 226. not. 1.

Heutzutage wird jedoch ein Unmündiger nie zum Schwure zugelassen, sondern die Ableistung des Eides nöthigenfalls bis zur erreichten Eidesmündigkeit aufgeschoben.

Wernher, I. 336.

Malblanc l. c. §. 9. u. 42.

Glück, Comm. XII. S. 276.

Schmid, Handb. II. S. 333. not. 2.

Tutoren und Curatoren können in Streitsachen ihrer Pflegebefohlenen nicht dazu gezwungen werden, sich auf einen ihnen zugeschobenen Wahrheitseid über Thatsachen einzulassen, welche ihnen unbekannt sind.

Arg. Fr. pr. 4. D. 12. 3.

Vergleiche jedoch:

c. 5. C. 4. 1.

Schmid, Hdb. II. S. 333. not. 3.

Gegen Procuratoren und Defensoren findet ebenfalls kein Zwang statt.

Fr. 34. §. 3. D. 12. 2.

Wenn sie aber freiwillig schwören, so nützt ihr Eid dem Principal.

Fr. 9. §. 6. Fr. 42. §. 2. D. 12. 2.

Barth a. a. O. S. 40.

In Beziehung auf juristische Personen ist so viel außer Zweifel, daß auch diesen der Haupteid im Processe zugeschoben werden kann, arg. Fr. 97. D. 35. 1. — Insofern die juristische Persönlichkeit nur Attribut einer einzelnen physischen Person, — oder einer Sache oder Anstalt beigelegt ist, deren Rechte durch ein bestimmtes Individuum ausgeübt und verwaltet werden, ist auch die Beantwortung der Frage, wer sich über die Delation zu erklären, und den acceptirten Eid zu leisten habe, geringeren Schwierigkeiten unterworfen. Sehr bestritten ist dagegen diese Frage, insbesondere der letzte Theil derselben in dem Falle, wenn die juristische Person eine Gemeinde, — ein aus mehreren Individuen bestehendes Corpus ist. Am meisten scheinen hie-

bei nach gemeinem Rechte folgende Grundsätze für sich zu haben:

1) Ueber die Annahme oder Recusation des deferirten Eides muß ein förmlicher Gemeindebeschluß gefaßt werden.

2) Fällt dieser Beschluß dahin aus, daß der Eidesantrag angenommen werden soll, so kann der Deferent nach gemeinem Rechte doch nicht verlangen, daß alle einzelnen Mitglieder der Gemeinde zur Eidesleistung angehalten werden; — ja — er kann nicht einmal fordern, daß sämmtliche Vorsteher der Gemeinde wirklich schwören sollen, obgleich die oben angeführte Stelle des Röm. Rechts, Fr. 97. D. 35. 1, analog hiefür geltend gemacht werden könnte; — sondern nach analoger Anwendung einer reichsgesetzlichen Vorschrift

Landfried. v. 1521. Tit. 7. §. 9.

C. G. O. v. 1555. II. 10. §. 1.

sind bei ordinirten Gemeinden nur „zwei Theile der Communräthe" zu schwören verpflichtet; bei nicht ordinirten Gemeinden aber könnte unter analoger Anwendung der

c. 2. §. 5. in f. C. 2. 59.

höchstens darauf bestanden werden, daß *„a plurima vel idonea parte universitatis"* der Eid geleistet werde. — Die Praxis geht aber in dieser Beziehung noch weiter, und begnügt sich, um die Vervielfältigung der Eide und die damit verbundenen Weitläufigkeiten zu vermeiden, damit, wenn bei ordinirten Gemeinden überhaupt nur einige Mitglieder des Rathes, bei nicht ordinirten einige Glieder der Gemeinde schwören. — Ueber eine feststehende Anzahl hat man sich jedoch in dieser Hinsicht nicht allgemein vereinigt. Nur zeigt sich vielfach, auch in einzelnen Particulargesetzen, eine Vorliebe für die Dreizahl.

S. z. B. Röder im Archiv für civil. Praxis XXX. S. 45. not. 7.

Durch einen dritten, der Gemeinde gar nicht angehörigen Stellvertreter kann jedoch der Haupteid Namens der Gemeinde nicht geschworen werden, selbst dann nicht, wenn der Dritte mit einer Specialvollmacht hiezu versehen wäre, weil die Leistung des Haupteides überhaupt immer durch die Partei in eigener Person geschehen muß. Nur dann würde eine Ausnahme zu machen seyn, wenn auch der Deferent selbst seine Einwilligung hiezu ertheilte.

v. Savigny, Syst. VII. S. 58.

Aeltere Proceßlehrer haben übrigens die Leistung des Haupteides durch einen speciell bevollmächtigten Procurator nicht selten für allgemein zuläßig gehalten. S. z. B. v. Glück, Comment. XII. S. 345. Dagegen aber v. Linde im Archiv X. S. 10 flg.

3) Sehr bestritten ist die Frage, wer die einzelnen Gemeindeglieder auszuwählen habe, welche den Eid wirklich ableisten sollen, indem Einige das Wahlrecht der Gemeinde selbst,

Martin Lehrb. (13te Aufl.) §. 226. not. k.

(von den neueren Schriftstellern) besonders Huß in der Zeitschrift fur Civilr. u. Proc. Bd. XV. Nr. 7. und XVIII. Nr. 8.

Andere aber dem Deferenten zusprechen.

S. vorzüglich:

v. Linde: im Arch. X. S. 1. flg. XIII. S. 181 flg.

Deurer, ebend. XXV. S. 208.

Ueberwiegende Gründe, insbesondere die Vergleichsnatur der Eidesdelation sprechen für den Vorzug der letzteren Meinung.

Schmid, Hdb. II. S. 339.

Da übrigens sowohl die Anhänger der ersten, als der zweiten Ansicht dem Gegner der Partei, welcher sie das Wahlrecht zuerkennen, wenigstens die Befugniß nicht absprechen können, gegen die persönliche Zulässigkeit der einzelnen Gewählten Einwendungen vorzubringen, über deren Erheblichkeit nöthigenfalls der Richter nach vorgängiger Cognition zu entscheiden hat, so wird die definitive Bestimmung der Schwurmänner in der Regel als das Resultat einer gegenseitigen Vereinbarung unter Mitwirkung des Richters erscheinen.

Vgl. Röder a. a. O. S. 59.

Ueber die rechtlichen Folgen der Eidesweigerung von Seite eines der definitiv bestimmten Schwurmänner s. ebendas. S. 61 flg.

Vgl. jedoch hierüber, sowie über das Ganze:

Arnold, über die Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilproceß.

Strippelmann a. a. O. S. 264 flg.

Nicht zu verwechseln mit dem Falle, wo der Eid einer juristischen Person zugeschoben wird, ist der, wenn er mehreren Litisconsorten deferirt wird.

Denn in diesem Falle müssen sämmtliche Streitgenossen, jeder für seinen Antheil, schwören, und der Eid eines Einzelnen kann den Uebrigen eben so wenig nützen, als dessen Verweigerung schaden.

Martin im Mag. 2tes Heft S. 233 flg.

Schmidt, Abh. verschied. Rechtsmat. II. 40. §. 2.

Seuffert im Arch. für civ. Prax. III. Abh. 15.

Ueber die möglichen Collisionen, welche sich hiebei ergeben können, und deren Behandlung s.

Brackenhöft, Erört. I. S. 293 und 294, besonders not. 55.

Schmid, Hdb. II. S. 335.

Die Frage, ob einem Meineidigen der Eid angetragen werden könne, ist weder unbedingt zu bejahen mit

Reinhardt, Hdb. II. §. 226. not. 4.

wegen c. 14. C. 22. qu. 5, noch unbedingt zu verneinen mit

Malblanc, l. c. §. 7. p. 16.

weil dabei auch der unschuldige Theil leiden könnte; sondern scheint vielmehr so beantwortet werden zu müssen, daß die Delation zwar stattfinde, der Delat aber sich der Relation oder Gewissensvertretung bedienen müsse.

Barth a. a. O. S. 40 Nr. 2.

A. M. ist: Gesterding, Nachforsch. II. S. 424 flg.

Schäffer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Neue Folge. Bd. XI. S. 280 flg.

Martin, Lehrb. §. 224. not. r. (12te Aufl.)

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in der Regel Derjenige, dem der Haupteid zugeschoben wird, berechtigt ist, vorher von dem Deferenten das jusjurand. calumniae zu fordern.

Fr. 34. §. 4. D. 12. 2.

Eine abweichende Praxis behauptet jedoch:

v. Savigny, Syst. VII. S. 74.

Wetzell, Syst. I. S. 177. Nr. 3.

C. In welchen Sachen, und worüber kann der Haupteid deferirt werden?

§. 265.

I. Ein Eidesantrag ist in der Regel in allen Civilstreitigkeiten zulässig, es mag nun in rem oder in personam geklagt worden seyn, oder ein persönlicher Zustand in Frage stehen.

Fr. 3. §. 1. u. 2. Fr. 34. pr. D. 12. 2.

Auch bei Civilklagen ex delicto ist die Eidesdelation nicht ausgeschlossen.

Fr. 13. §. 2. Fr. 28. §. 5—7. D. eod.

c. 8. C. 2. 4. ist jetzt nicht mehr anwendbar.

Was die sehr bestrittene Frage betrifft, ob auch in Ehestreitigkeiten über einen Thatumstand, von dem die Nichtigkeitserklärung oder Scheidung der Ehe abhängt, der Haupteid deferirt werden könne, so ist jedenfalls so viel gewiß, daß hier die Eidesdelation nicht, wie in anderen Fällen, auch als ein freier, bloß von dem Willen der Partei abhängiger Vergleichsantrag betrachtet und behandelt werden darf, — weil die Auflösung der Ehe aus höheren Rücksichten der Privatwillkür überhaupt entzogen ist, und daher gar nicht Gegenstand eines Vergleiches seyn kann.

c. 11. X. 1. 36.

Vgl. c. 9. X. 1. 41.

Wenn jedoch der Richter den Eid unter den gegebenen Umständen als ein entsprechendes Mittel ansehen kann, um die Wahrheit an den Tag zu bringen, so ist es ihm keineswegs untersagt, auf einen solchen Antrag Rücksicht zu nehmen, indem er ja unter gewissen Voraussetzungen den Eid auch ohne einen Antrag von der Gegenpartei als Erforschungsmittel der Wahrheit in Ehescheidungssachen zu Hülfe nehmen darf.

c. 10. X. 4. 2.

c. 1. 5. 7. X. 4. 15.

Durch diese Behandlung nimmt aber der Eid die Natur eines auferlegten (nothwendigen) Eides an, und es ist daher auch eine beliebige Zurückschiebung desselben von Seite des Delaten ohne richterliche Genehmigung nicht zulässig. Ja selbst die Folgen der wirklichen Ableistung des Eides, sowie der Verweigerung desselben sind hier zum Theile

nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen, als in anderen Fällen. Wenn nämlich der Eid gegen die Ehe geschworen, und darauf hin die Ungültigkeit oder die Scheidung ausgesprochen, späterhin aber die Unwahrheit des Eides entdeckt wird, so soll jener Ausspruch wieder rescindirt werden.

c. 5. 7. X. 4. 15.

Vgl. c. 7. X. 2. 27.

(Das c. 34. X. 2. 24. setzt wohl nur eine eidliche Bekräftigung, ohne Delation von Seite des Gegners oder des Richters voraus.)

Wird aber der Eid verweigert, und führt diese Verweigerung zu der Annahme eines Geständnisses bezüglich des von dem Gegner behaupteten Nullitäts- oder Scheidungsgrundes, so darf diesem Geständnisse eben so wenig, als einem direct und ausdrücklich abgelegten, für sich allein schon ein entscheidendes Gewicht beigelegt werden, sondern die Wahrheit der eingestandenen Thatsache muß auch noch durch andere Beweise oder Indicien unterstützt seyn.

arg. c. 5. X. 4. 13.

Ueber die dagegen angeführten c. 5. X. 4. 19. und c. 6. X. 5. 16. s. Schmid, Hdb. II. S. 347.

Die verschiedenen Meinungen über diese Streitfrage sind zusammengestellt bei

Glück, Comm. XII. S. 270 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 344—348, wo auch die neuere Litteratur angeführt ist.

Vergl. jedoch noch:

Wetzell, Syst. I. S. 176. not. 29. u. S. 170. not. 9.

Ueber die Zulässigkeit der Eidesdelation in Streitigkeiten über Verlassenschaften ex testamento, sowie über künftige Alimente s. Schmid a. a. O. S. 343. not. 1.

II. Was den zu beschwörenden Satz betrifft, so wird jetzt

1) allgemein angenommen, daß der Eid nur über rein thatsächliche Behauptungen, also nicht über abstracte Rechtssätze oder über den Sinn eines zweifelhaften Gesetzes, ja nicht einmal über das concrete Vorhandenseyn eines Rechtsverhältnisses, in juristisch technischer Form ausgedrückt (z. B. daß der Delat Eigenthümer einer Sache sey, oder nicht) deferirt werden könne. Gegen die erste Beschränkung ist auch gewiß nichts zu erinnern. Denn abstracte Rechtssätze können nicht Gegenstand eines gerichtlichen Rechtsstreits unter Privaten seyn. Die zweite Beschränkung wird aber durch die Bemerkung gerechtfertigt, daß Eidesanträge über Rechtsverhältnisse in juristisch technischer Form ausgedrückt, besonders unter rechtsunkundigen Personen leicht mißbraucht werden, oder aus Mangel der nöthigen Rechtsbegriffe des Delaten zu unwahren Resultaten führen könnten.

v. Savigny, Syst. VII. S. 86.
Wetzell, Syst. I. S. 175.

In manchen Fällen ist diese Gefahr auch wirklich vorhanden. Allgemein läßt sich jedoch dieß bei der Trivialität gewisser Rechtsbegriffe (z. B. daß man Darlehensschuldner eines Andern sey oder nicht) gewiß nicht behaupten. Erwägt man ferner noch, daß im Römischen Rechte der Eidesantrag in der Regel auf das Daseyn oder Nichtdaseyn des streitigen Rechtsverhältnisses überhaupt gerichtet war,

Fr. 3. pr. §. 1 u. 2. Fr. 7. pr. Fr. 9. pr. §. 7. Fr. 11. pr. §. 1. Fr. 13. pr. Fr. 30. §. 4. D. 12. 2.

c. 6. C. 4. 1.

v. Savigny a. a. O. S. 60.

Wetzell a. a. O. S. 174.

sowie daß in manchen Fällen die thatsächliche Behauptung nicht wohl ohne juristisch technische Beimischung ausgedrückt werden kann; so dürfte es das Richtigste seyn, den von dem Deferenten vorgeschlagenen Schwursatz der richterlichen Prüfung und Correctur zu unterwerfen. Da, wo weder ein Mißbrauch, noch ein Irrthum zu besorgen ist, darf der Richter gewiß auch jetzt noch einen auf ein Rechtsverhältniß gerichteten Eidesantrag gelten lassen. Selbst dann, wenn die Zulassung eines solchen Eides bedenklich gewesen, gleichwohl aber der Eid in Ermanglung einer Einsprache von Seite des Richters oder des Delaten wirklich geleistet worden wäre, dürfte die Wirksamkeit desselben kaum mit Erfolg zu bestreiten seyn.

Vgl. v. Savigny S. 86.

2) Die zu beschwörende Thatsache muß nicht gerade die Grundlage des streitigen Anspruches vollkommen erschöpfen, sondern der Eid kann auch über einzelne Bestandtheile des Beweissatzes deferirt werden. — Auch ist

3) die Delation über eine bestimmte Gesinnung oder Willensrichtung des Delaten (z. B. über bona fides, den animus injuriandi u. dgl.) ebensowohl zulässig, als über äußere Handlungen und Ereignisse.

4) Die Frage, ob der Eid auch über irrelevante Thatsachen zugeschoben werden könne, ist zwar insofern allerdings zu verneinen, als der Delat einen solchen Antrag ablehnen kann, ohne sich dabei der poena jurare nolentis auszusetzen, weil hier die Delation gar nicht als eine Beweisantretung, sondern als ein bloßes Vergleichsoffert erscheint. Sollte sich aber der Delat selbst mit dem Deferenten dahin vereinigen, daß die Entscheidung

der ganzen Sache von diesem Schwure abhängen soll, so würde die Irrelevanz desselben der Gültigkeit jener Uebereinkunft nicht schaden.

Fr. 39. D. 12. 2.

5) Darauf, ob die zu beschwörende Thatsache als eine eigene Handlung des Delaten bezeichnet wird, oder nicht, kommt hinsichtlich der Zulässigkeit der Eidesdelation nichts an, d. h. der Delat kann die Einlassung auf den zugeschobenen Eid bloß deßhalb nicht ablehnen, weil die Handlung, in Ansehung deren er schwören soll, kein factum proprium, sondern ein factum alienum ist.

arg. Fr. 3. §. 3. D. 12. 2.

Fr. 10. D. 37. 10.

Denn die Annahme, daß in diesen Stellen nur von einem außergerichtlichen Eide die Rede sey, dürfte sich doch mit dem Inhalte derselben im Zusammenhange aufgefaßt, nicht wohl vereinigen lassen.

Vergl. darüber: Gensler im Archiv für civ. Pr. II. S. 17—20.

Zu widersprechen scheinen zwar: Fr. 4. pr. D. 12. 3. u. Fr. 11. §. 2. Fr. 12. u. 13. D. 25. 2; allein der letzte Grund, warum in diesen Stellen dem Delaten die Verbindlichkeit, sich auf den Eid einzulassen, nicht aufgelegt wird, ist wohl nicht in dem Umstande zu suchen, daß die zu beschwörende Handlung nicht gerade eine eigene Handlung des Delaten war.

Vgl. Gensler a. a. O. S. 11. not. 3.

Barth a. a. O. S. 46. not. 52.

Der hier angenommenen Meinung, daß auch über facta aliena der Eid deferirt werden könne, ist übrigens in neuerer Zeit auch ein ehemaliger Gegner derselben beigetreten.

Mühlenbruch, Lehre von der Cession S. 375. not. 149 a. (2te Aufl.)

6) Nicht zu verwechseln mit der eben berührten Frage ist aber die, ob Jemand einen ihm zugeschobenen Eid nicht durch die Einwendung ablehnen könne, daß ihm von der zu beschwörenden Sache nichts bekannt sey? — eine Einwendung, welche freilich (außerordentliche Fälle abgerechnet) nicht bei eigenen, sondern nur bei fremden Handlungen begründet seyn kann (woher auch die Verwechslung dieser Frage mit der vorigen herrühren mag); aber doch keineswegs bei allen fact. alienis begründet seyn muß, und auch in Beziehung auf Ereignisse und Zustände vorkommen kann, welche überhaupt nicht menschliche Handlungen sind.

Was diese Frage betrifft, so ist man darüber ziemlich einig, daß, wenn der Delat nicht nothwendig von der zu beschwörenden Thatsache sichere Kenntniß haben muß, und er ausdrücklich die Einwendung des Nichtwissens vorschützt, man ihm nicht zumuthen kann, über die objective Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache zu schwören.

arg. *Paul.* R. S. II. 1. §. 4.
Fr. 34. pr. D. 12. 2.
Fr. 11. §. 2. 3. Fr. 12 u. 13. D. 25. 2.
Gensler a. a. O. S. 11. not. 5.
Barth a. a. O. S. 46.
v. Savigny, Syst. VII. S. 74.
Wetzell, Syst. I. S. 174.

Auch wird jetzt zugegeben, daß jeder Delat in einem solchen Falle sein Nichtwissen eidlich bekräftigen müsse (abgesehen von dem Falle, wo sich eine scientia des Delaten von dem in Frage stehenden Verhältnisse als unmöglich darstellt), weil sonst die Einwendung des Nicht-

wissens zum Nachtheile des Deferenten leicht mißbraucht werden könnte;

Martin §. 224. not. k und l.

Gensler a. a. O. S. 11.

Barth a. a. O. S. 46.

obgleich von diesem jusjurand. ignorantiae im Römischen Rechte keine ausdrückliche Erwähnung geschieht, und früherhin manche Rechtslehrer durch die Andeutung in c. 12. C. 4. 1. sich dazu bestimmen ließen, nur die Erben und Successoren Desjenigen, dessen Handlung in Frage steht, zur Einlassung auf die Leistung dieses Eides für verbunden zu halten, nicht auch andere Personen.

z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 575. not. unt.

Hingegen sind die Ansichten darüber noch immer abweichend,

a) welche rechtliche Natur und Wirkung der Eid über das Nichtwissen habe? — und

b) ob der Eidesantrag über das Nichtwissen nicht auch auf das Nichtglauben des Schwörensollenden ausgedehnt werden dürfe?

ad a. Was die erste Frage betrifft, so kann das jusjurand. ignorantiae entweder als ein specieller Gefährdeeid, oder auch als Surrogat des Haupteides selbst betrachtet werden. In dem ersten Falle hat die Ableistung desselben eigentlich nur die Folge, daß der Delat den Eidesantrag de veritate ohne Nachtheil ablehnen darf, ohne daß dem Deferenten dadurch die Freiheit entzogen würde, nun andere Beweismittel in Vorschlag zu bringen (wenn anders die Frist dazu noch offen steht); die Verweigerung des juram. ignorant. (als bloßen Gefährdeeides) hat aber, genau genommen, nur die Folge, daß sich der Delat nunmehr über den Haupteidesantrag de veritate sub poena recusati erklären muß. — In

dem zweiten Falle hingegen hat die Leistung und die Verweigerung dieselben Wirkungen, wie die Leistung und Verweigerung eines Eides de veritate. — Welche Natur nun dem Eide über das Nichtwissen beizulegen sey, dürfte wohl in jedem gegebenen Falle nach der Intention der Parteien zu beurtheilen seyn. Ist diese ausdrücklich erklärt, so hat die Sache ohnehin keine Schwierigkeit. Außerdem aber, und wenn sich die Absicht auch aus den Umständen nicht mit Sicherheit eruiren läßt, dürfte die Vermuthung eher dafür sprechen, daß der Deferent das jur. ignorant. nur in der Eigenschaft eines Gefährdeeides verlangen wollte.

Barth a. a. O. S. 46 u. 47.

Anderer Meinung scheinen zu seyn:

Martin, Lehrb. §. 224. not 1. (12te Aufl.) und
Gensler im Arch. für civ. Prax. II. S. 11.

Vergleiche noch:

Dr. Friedrich Bernhard, vom Eidesantrage über fremde Handlungen. Augsburg 1823.

ad b. Was aber einen Eidesantrag de credulitate betrifft, so verwerfen denselben Einige unbedingt theils aus dem Grunde, weil der Richter durch einen Eid über Das, was eine Partei glaubt oder nicht glaubt, eben so wenig überzeugt werden könne, als durch die Aussage eines Zeugen, welcher nur angibt, was er von der Sache glaubt; theils deßwegen, weil man oft mit sich nicht darüber einig werden kann, was man von einer Sache glauben soll, also die Auflage eines Credulitätseides einen unbilligen Gewissenszwang enthalte, oder zur leichtsinnigen Behandlung des Eides führe.

Malblanc l. c. §. 44. nro. I.
v. Savigny, Syst. VII. S. 75.

Andere gehen von dem Gesichtspunkte aus, der Deferent könne sein Recht abhängig machen, wovon er wolle, also namentlich auch davon, daß der Delat sein Meinen oder Dafürhalten eidlich bekräftige, und lassen daher den Glaubenseid zu.

Reinhardt, Hdb. II. §. 238.

Dieser letzte Gesichtspunkt ist nun zwar allerdings richtig; allein es folgt daraus weiter nichts, als daß der Deferent seinem Gegner den Glaubenseid anbieten kann. Ob aber dieser auch schuldig ist, sich bei Vermeidung der gewöhnlichen Nachtheile der Recusation darauf einzulassen, ist eine andere Frage, für deren Verneinung sich zwar erhebliche allgemeine Gründe anführen lassen (welche auch den Verfasser gegenwärtiger Vorträge früher dazu bewogen hatten, der verneinenden Meinung beizutreten), die aber von dem geschichtlichen und positiven Standpunkt aus dennoch bejaht werden muß.

Denn auch abgesehen davon, daß von einer Gewissensbelästigung wenigstens dann nie die Rede seyn könnte, wenn der Delat früherhin selbst schon bestimmt vor Gericht behauptet hatte, daß er etwas glaube oder nicht glaube; daß es ferner in vielen Fällen sehr wohl möglich ist, sich durch sorgfältige Erforschung der Umstände über Glauben oder Nichtglauben schlüssig zu machen; — daß endlich der Calumnieneid immer, der Eid aber, welchen die urtheilenden Sachverständigen zu leisten haben, in der Regel ein Credulitätseid ist;

S. oben S. 827.

so kommt hiebei vorzüglich eine Vorschrift des Lehenrechts

Feud. II. 58.

in Betracht, in welcher ausdrücklich bestimmt ist, der Nachfolger des Lehenherrn, welcher die Investitur vorgenommen haben soll, müsse schwören, se *non credere*,

investituram factam esse. — Die Einwendung, daß diese Vorschrift als eine singuläre, bloß auf Lehenverhältnisse berechnete, auf andere Streitsachen nicht ausgedehnt werden dürfe, ist unbegründet, da sich der Verfasser zur Rechtfertigung seiner Vorschrift ausdrücklich auf das Röm. Recht (c. 12. pr. C. 4. 1.) beruft, und dadurch zu erkennen gibt, daß er keineswegs etwas Singuläres für den Lehenproceß zu statuiren, sondern nur einen Satz des gemeinen Rechts auf Lehenverhältnisse anzuwenden glaubte.

Nur die Zulässigkeit einer Ausdehnung des Credulitätseides auf alle Fälle der Eidesdelation über ein factum alienum könnte aus dem Grunde bezweifelt werden, weil die angeführte Bestimmung des Lehenrechts nur von dem Falle handelt, in welchem dem successor der Eid über eine Handlung seines antecessor zugeschoben wurde, so wie auch die c. 12. pr. C. 4. 1. nur von einem juramentum *hereditarium* spricht; der Erbe aber in der Regel sich leichter darüber informiren kann, ob seinem Erblasser die von dem Deferenten behauptete Handlung mit Wahrscheinlichkeit zugemuthet werden könne, als Jemand der über die Handlung eines Dritten den Glaubenseid leisten soll. — Auch über dieses Bedenken hat sich jedoch der Gerichtsgebrauch hinweggesetzt, wie unter anderem die herkömmliche Formel des Diffessionseides beweist, welche keineswegs bloß bei solchen Urkunden angewandt wird, welche dem antecessor des Producten zugeschrieben werden, sondern bei allen Urkunden, als deren Urheber nicht der Product selbst bezeichnet ist.

Eine ausführliche Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen über den Credulitätseid mit specieller Angabe der Litteratur findet sich in

Schmids Handb. II. S. 349—359.

Von den neuesten Schriftstellern hat sich gegen die Zulässigkeit dieses Eides erklärt

v. Savigny, Syst. VII. S. 75,

für dieselbe aber, nach germanischen Rechtsideen,

Wetzell, Syst. I. S. 163 flg.

Dagegen kann

7) nach canon. Rechte der Haupteid nie mehr über eine Thatsache deferirt werden, welche ohnehin schon in diesen Acten vollständig erwiesen ist.

c. 2. X. 2. 19.

Ueber die Zulässigkeit der Eidesdelation zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes s. Dr. Georg Friedr. Puchta, Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 193.

Barth a. a. O. S. 49. Nr. 6. und not. 55.

Ueber den ganzen §. 265 ist zu vergl. „Strippelmann Eideszuschiebung" S. 140—175 und in Bezug auf den Glaubens- und Ignoranz-Eid insbesondere S. 60 u. flg.

Ferner: Langenbeck, Abth. 3. S. 768 flg.

Wirkung.

A. Der Delation.

§. 266.

In Bezug auf den Delaten hat die Zuschiebung des Eides die Wirkung, daß er sich erklären muß, ob er den Eid annehmen, oder referiren, oder endlich sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Zwischen diesen drei Wegen hat er in der Regel die Wahl.

Läßt er aber die zu diesem Zwecke ertheilte peremtorische Frist verstreichen, ohne sich für irgend einen derselben erklärt zu haben, so trifft ihn die poena confessi (recusati),

Fr. 34. §. 9. Fr. 38. D. 12. 2.

ausgenommen, er hätte der Zulässigkeit des Eides selbst erhebliche Einwendungen entgegengesetzt.

Für den Deferenten entsteht aber durch die bloße Delation des Eides noch gar keine Verbindlichkeit. Insbesondere ist es ihm nach

c. 11. C. 4. 1.

gestattet, den Eidesantrag wieder zurückzunehmen, und den Beweis auf andere Art zu versuchen; — wobei jedoch nach den Grundsätzen des heutigen Processes vorausgesetzt wird, daß die peremtorische Beweisfrist noch nicht abgelaufen sey. Ein Rücktritt zu der einmal revocirten Eidesdelation findet übrigens in keinem Falle mehr statt.

Schmid, Hdb. II. S. 359 flg., wo auch die abweichenden Ansichten Anderer angeführt sind.

Vgl. überh. Strippelmann a. a. O. S. 278—320, wo auch von der Relation des Eides und von der Gewissensvertretung gehandelt wird.

Von der Relation des Eides.

§. 267.

Die Relation oder Zurückschiebung des Eides besteht darin, daß der Delat den Deferenten auffordert, die Behauptung selbst zu beschwören, über deren Unwahrheit er ihm zuerst einen Eid angetragen hatte. Einen solchen Gegenantrag muß sich der Deferent in der Regel immer gefallen lassen.

Nur in folgenden Fällen ist in den Gesetzen ausdrücklich eine Ausnahme gemacht:

a) wenn Jemand gegen einen Andern die furti actio anstellt, und ihm das jusjurandum deferirt. Hier kann der Beklagte dem Kläger den Eid nicht darüber zurückschieben „an ipse fur sit“.

Fr. 12. D 25. 2.

b) Bei der actio rerum amotarum, wo zwar der klagende Ehegatte dem andern den Eid „nihil divortii causa amotum esse" zuschieben, dieser aber den Eid nicht zurückschieben darf.

Fr. 11. §. 1 u. 3. Fr. 13. D. 25. 2.

c) Wenn die gegen den Delaten angestellte Klage eine famosa actio ist.

c. 36. X. 2. 24.

Diese gesetzlichen Vorschriften werden gewöhnlich in der Art ausgedehnt, daß man die Eidesrelation überhaupt für unzulässig erklärt, so oft der Delat über eine solche eigene Handlung schwören soll, an welcher der Deferent nicht Theil nahm, und bei welcher derselbe auch nicht anwesend war, so daß er sie selbst hätte wahrnehmen können.

Gensler im Arch. für civ. Prax. II. S. 30. und in dem Handb. zu Martin S. 170. not. 119.

Da jedoch die ratio jener singularen Bestimmungen nicht, — wie bei dieser ausdehnenden Interpretation vorausgesetzt wird — darin zu liegen scheint, daß man nicht schuldig sey, sich auf einen Eidesantrag über fremde Handlungen einzulassen, sondern vielmehr in der Eigenschaft der angestellten Klage (c. 36. X. cit.); so dürfte die Ausdehnung auf andere, als die in dem Gesetze bezeichneten actiones nicht zu rechtfertigen seyn. — Das muß aber freilich zugegeben werden, daß in solchen Fällen, wo der Relat von Dem, was er beschwören soll, keine Kenntniß zu haben behauptet, derselbe sich eben so, wie der Delat in gleichem Falle, mit der Einwendung des Nichtwissens schützen kann. Nur muß er in Fällen dieser Art auf das jusjur. ignorantiae gefaßt seyn, insofern es nicht ohnehin schon offenbar ist, daß er von der Sache nichts wissen könne. — In

den gesetzlichen Ausnahmsfällen kann aber der Relat den Eid immer ohne Einrede und Eid des Nichtwissens ablehnen.

Ueber die verschiedenen Ansichten Anderer s.

Glück, Comment. Bd. XII. S. 319 flg.

Barth a. a. O. §. 23. S. 56.

Schmid, Hdb. II. S. 363.

Verweigert der Relat, ohne hinreichenden Befreiungsgrund, die Leistung des Eides, so trifft nun ihn die poena recusati.

Fr. 34. §. 9. D. 12. 2.

Der Relat kann übrigens von dem Referenten weder das jusjur. calumniae fordern,

Fr. 34. §. 7. D. eod.

Vgl. Fr. 25. §. 1. D. 13. 5.

noch den Eid neuerdings zurückschieben. Auch das Recht, einen anderen Beweis anstatt des Eides zu führen, wird ihm wegen Fr. 34. §. 7. D. 12. 2. und c. 12. §. 1. C. 4. 1. abgesprochen, obgleich diese Beschränkung mit der Consequenz der allgemeinen in c. 11. C. 4. 1. enthaltenen Vorschrift in Widerspruch steht.

Martin §. 227. not. d. (12te. Aufl.)

Dagegen aber

Schmid a. a. O. S. 364. not. 6. 7. 8.

Wenn übrigens ein referirter Eid von Seite des Relaten aus dem Grunde abgelehnt wird, weil in dem gegebenen Falle die Relation selbst als unzuläßig erscheint, so nimmt man gewöhnlich an, daß der Delat (Referent) als jurare nolens zu behandeln sey.

Glück a. a. O. S. 326. Lit. B.

Wetzell, Syst. I. S. 177. not. 32 u. 33.

Allein gesetzlich ist dieser Nachtheil nicht ausgesprochen (in Fr. 11. §. 3. D. 25. 2. heißt es nur „non

videtur praetor permisisse") und die Natur der Sache fordert wohl auch kein so strenges Präjudiz, indem daraus, daß der Delat versucht, den Gegner zum Schwören zu bringen, noch nicht nothwendig folgt, daß er selbst nicht schwören könne, oder wolle. — Es wird daher in diesem Falle dem Delaten doch noch zu gestatten seyn, selbst zu schwören, oder die Gewissensvertretung zu gebrauchen.

Noch weiter geht Barth a. a. O. S. 57.

Außerdem wird auch gewöhnlich angenommen, die Relation dürfe nur über das reine Gegentheil Dessen geschehen, worauf die Delation gerichtet war. Allein dagegen spricht

Fr. 34. §. 8. D. eod.

Linde, Lehrb. §. 281.

Nur so viel muß man zugeben, daß in dem Thema des referirten Eides kein Zusatz vorkommen darf, welcher in das Gebiet des selbständigen indirecten Gegenbeweises gehört. Denn in dieser Hinsicht würde der Eid als jusjur. delatum und nicht als relatum zu betrachten seyn.

Von der Gewissensvertretung.

§. 268.

Unter Gewissensvertretung (probatio pro exoneranda conscientia) versteht man die Erklärung des Delaten, den zu beschwörenden Satz durch andere Beweismittel darthun zu wollen. Ob dieses Mittel, sich von der necessitas jurandi zu befreien, schon den Römern bekannt war, ist nicht gewiß. Die Rechtsquellen selbst enthalten nichts davon. Indessen scheint dasselbe doch nach Quintil. instit. orat. V. 6. der Praxis nicht ganz fremd gewesen zu seyn.

Goldschmidt, Abh. VI. §. 1.

Vgl. Barth a. a. O. S. 26 u. 57.

Vgl. jedoch v. Savigny, Syst. VII. S. 88.

Wetzell, Syst. I. S. 177. not. 35. und

Dr. Adolf Nissen, die Gewissensvertretung. Leipzig 1861. §. 2. S. 9—23.

So, wie wir die Gewissensvertretung jetzt kennen, hat sie sich auf jeden Fall erst durch die Praxis und später durch den Einfluß des sächsischen Rechtes ausgebildet. — Daher auch das Schwankende und die abweichenden Meinungen in dieser Lehre, welche Nissen (a. a. O. S. 182 bis 184) übersichtlich zusammengestellt und mit der treffenden Bemerkung begleitet hat „was von allen diesen gemeinen Rechten denn nun eigentlich das gemeine Recht sey," wisse man nicht.

Bei diesem Mangel sicherer positiver Anhaltspunkte in den Quellen des gemeinen Rechtes würde es gewiß zweckmäßiger seyn, das Detail dieser Lehre in die Vorträge über die einzelnen deutschen Particularproceßordnungen zu verweisen, um so mehr, als auch in diesen eine große Verschiedenheit in den näheren Bestimmungen anzutreffen ist.

Da indessen auch in den Lehrbüchern über gemeinen Proceß, in welchen man sich zur Rechtfertigung dieses Instituts auf die Analogie der Vorschrift des canon. Rechts c. 2. X. 2. 19. beruft (Glück, Comment. XII. S. 330), ausführlicher darüber gehandelt zu werden pflegt, so sollen wenigstens die wichtigeren Punkte auch hier berührt werden, mit Andeutung derjenigen Ansichten, welche bis zur neuesten Zeit in der Doctrin und Praxis vorherrschend Anerkennung gefunden zu haben scheinen.

Als leitendes Princip in dieser Lehre scheint bisher folgendes ziemlich allgemein gegolten zu haben:

Wer sich für die Gewissensvertretung erklärt, will dadurch den Antrag, die Entscheidung der Sache von einem Eide abhängig zu machen, nicht gänzlich zurückweisen, sondern er will nur vorher noch versuchen, ob sich nicht der

Eid durch die Herstellung eines andern Beweises entbehrlich machen lasse.

Martin, Lehrb. 13te Aufl. §. 228. und auch jetzt noch Langenbeck, die Beweisführung 3te Abth. S. 817 flg. — Anderer Meinung ist jedoch Nissen a. a. O. S. 209.

Welche rechtliche Eigenschaft aber diesem Beweise beizulegen sey, darüber sind die Meinungen verschieden. Einige betrachten ihn als einen freiwillig übernommenen Hauptbeweis;

Gönner, Hdb. II. Abh. 48. §. 4 flg.

Linde, Abhandl. Bdch. I. S. 75 u. flg. und in seiner Zeitschr. III. S. 1 flg.

Andere als einen directen Gegenbeweis.

Gensler, Comm. zu Martin II. Bd. S. 21. (Ausg. von Morstadt.)

Barth a. a. O. S. 57.

Wetzell, Syst. I. S. 177 flg.

Eine ganz eigenthümliche Ansicht hat Frhr. v. Zu-Rhein in den Jahrb. des gem. d. Proc. I. Bd. I. Hft. S. 194 flg. — Dagegen aber: Linde in seiner Zeitschr. III. Bd. S. 1 flg.

Der Grund, warum man auf die Ansicht von der Eigenschaft dieses Beweises so großen Werth legte, war wohl kein anderer, als der, daß man in derselben einen sicheren Anhaltspunkt zur Entscheidung der Controverse zu gewinnen suchte, ob gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis zulässig sey oder nicht. Diese Streitfrage scheint nun zwar entschieden werden zu können, ohne gerade auf die processualische Qualität des Gewissensvertretungsbeweises Rücksicht nehmen zu müssen. Will man sich aber gleichwohl auch hierüber eine bestimmte Vorstellung bilden, so dürfte die Meinung Derjenigen, welche sich die Gewissensvertretung

als einen directen Gegenbeweis denken, den Vorzug verdienen. Denn der Gedanke, daß der Delat, um dem Eide zu entgehen, nur ein ihm sonst allgemein zustehendes Recht ausüben wolle, — von dem er unstreitig hätte Gebrauch machen dürfen, wenn der Producent den Beweis durch andere Mittel, als durch Eidesdelation angetreten hätte; — ist einfacher und liegt auch näher, als die Idee eines Rollentausches in dem Beweisverfahren, kraft dessen man annehmen muß, daß der Delat auf seine Freiheit von der Hauptbeweislast Verzicht leiste. Auch stimmt das Thema und der Inhalt des Gewissensvertretungsbeweises vollkommen mit Dem überein, was im Falle eines gewöhnlichen directen Gegenbeweises Gegenstand desselben gewesen seyn würde. Die Erörterung dieser Controverse hat übrigens in der neuesten Zeit zu einer zwar scharfsinnigen, aber nicht sehr erquicklichen Polemik geführt.

S. Theod. Muther, die Gewissensvertret. Erlangen 1860. S. 157.

E. Bolgiano in der Zeitschrift von Linde. Bd. 19. Heft 2. S. 161 flg.

In jedem Falle wird man aber zugeben müssen, daß der Gewissensvertretungsbeweis, da in Ansehung desselben gesetzlich nichts Abweichendes verordnet ist, unter den allgemeinen Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens überhaupt, und des Beweises insbesondere stehe. Hält man aber daran fest, und berücksichtigt man zugleich, daß die Gewissensvertretung nur ein vorläufiger Versuch seyn soll, den Eid überflüssig zu machen, so gelangt man zu folgenden Resultaten:

1) Zur Antretung des Beweises pro exoneranda conscientia wird eine peremtorische Frist gesetzt, und wenn der Delat diese Frist versäumt, so ist der Beweis, wie sonst, als desert zu betrachten.

2) Der Beweis muß genau auf denselben Satz gerichtet werden, welcher beschworen werden sollte. Denn sonst würde der Eid dadurch nicht überflüssig gemacht werden. — Es darf aber auch nicht etwa dieser Satz oder das Gegentheil schon durch das bisherige Verfahren juristisch gewiß geworden seyn. Denn in diesem Falle ist der Eid bereits überflüssig geworden. Daher ist die Gewissensvertretung namentlich dann unstatthaft, wenn sich der Delat erst dafür erklärt, nachdem er die peremtorische Frist zur Erklärung über den deferirten Eid ganz unbenützt hat vorübergehen lassen. Hier tritt nämlich in contum. die poena recusati ein, und dadurch ist die Behauptung des Deferenten zur juristischen Gewißheit erhoben.

3) Die Gewissensvertretung kann durch alle gewöhnlichen Beweismittel versucht werden. Nur die Eidesdelation ist ausgeschlossen, weil diese nicht mehr als Gewissensvertretung, sondern als Zurückschiebung des Eides erscheinen würde.

4) Die Frage, ob gegen die Gewissensvertretung noch ein Gegenbeweis zulässig sey, scheint richtiger verneint zu werden, in so fern das Thema dieses Gegenbeweises wieder der ursprüngliche Hauptbeweissatz seyn würde. Denn nach der Eventualmaxime ist der Producent schuldig, alle Beweismittel rücksichtlich dieses Satzes innerhalb der peremtorischen Beweisfrist bei Vermeidung des Ausschlusses vorzuschlagen. Würde aber noch ein Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung zugelassen, so könnte der Producent doch noch auf diesem Wege bereits präcludirte Beweismittel nachholen. — Ein anderes, ebenfalls dafür vorgebrachtes Argument, nämlich, daß der Producent durch die Delation des Eides auf den Gebrauch aller ordentlichen Beweismittel renuncirt habe, und folglich nicht mehr dazu zurückkehren könne, kann allerdings durch die Bemerkung entkräftet werden, daß jene

Renunciation nur unter der Voraussetzung geschehen sey, wenn die Sache auf der einmal eingeleiteten Bahn der eidlichen Erledigung bleiben würde.

Wolffson im Arch. f. civ. Prax. XXV. S. 260 flg.
Emminghaus im Arch. f. prakt. R.-Wiss. VII. S. 303 flg.
Heimbach in Ortloff Abh. S. 204.
Langenbeck a. a. O. S. 821.
Wetzell Syst. §. 27. 4.
Nissen a. a. O. S. 122 flg.
A. M. ist Dr. Höchster a. a. O. §. 4 u. 5.
Gönner, Hdb. II. 48. §. 5 flg.
Linde, Abh. S. 75 flg.
Schmid, Hdb. II. S. 369.

Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn der Gegenbeweis bloß auf die Unglaubwürdigkeit der zur Gewissensvertretung vorgeschlagenen Beweismittel abzielt.

5) Wenn die Gewissensvertretung gänzlich mißlingt (aber doch nicht direct gegen den Delaten selbst ausfällt, d. h. nicht die Behauptung des Deferenten als wahr darstellt), so darf der Delat wieder zu dem deferirten Eide zurückkehren, und entweder denselben annehmen oder zurückschieben. (Das Recht der Zurückschiebung wird ihm jedoch abgesprochen von Langenbeck a. a. O. S. 819 u. 826.) — Wenn sie zwar nicht gänzlich fehlschlägt, aber doch nur ein unvollständiges Resultat liefert, so ist, insofern mehr als halber Beweis geliefert wurde, auf den Erfüllungseid zu erkennen. Bei weniger als halbem Beweise wird dem Deferenten der Reinigungseid aufgelegt. Wenn jedoch der Delat in diesem Falle auf das Resultat seiner Beweisführung verzichtet, — was ihm wohl nicht mit Grund versagt werden kann (a. M. ist wegen analoger Anwendung des Princips der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel auf den Eid Vol-

giano, vergleichende Darstell. des gem. u. bayer. Civilproc. II. S. 202. not.*) und in der Zeitschr. v. Linde XIX. 2. S. 199) — so steht es ihm dann ebenfalls frei, zu dem deferirten Eide zurückzukehren und denselben zu acceptiren. Denn außerdem würde er sich in einer nachtheiligeren Lage befinden, als wenn er gar nichts bewiesen hätte.

Auch über die Zulässigkeit der nothwendigen Eide widersprechen sich aber vielfach die Ansichten der neueren Doctrin.

Zu vergl.

Wetzell, Syst. S. 179 not. 39.

Busch im Arch. XLI. S. 281. XLII. S. 9 flg.

Langenbeck a. a. O. S. 827.

Muther a. a. O. §. 132.

B. Wirkung der Acceptation des Eides.

§. 269.

Obwohl nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge kein Theil mehr einseitig zurücktreten darf, sobald einmal beide Parteien eingewilligt haben, und diese Grundsätze auch auf den freiwilligen Eid im Processe anwendbar zu seyn scheinen, so ist es doch nach einer ausdrücklichen Vorschrift Justinians dem Deferenten gestattet, auch noch nach der Acceptation von Seite des Delaten, und zwar so lange den Eid zu revociren, bis das durch den Eid bedingte Definitivurtheil in Rechtskraft übergegangen ist.

c. 11. C. 4. 1.

Glück, Comm. XII. S. 301 flg.

Reinhardt, Hdb. II. §. 255.

Indessen wird freilich die Zurücknahme eines bereits acceptirten Eides jetzt kaum mehr irgend einmal einen

Nutzen gewähren können, weil zur Zeit, da die Acceptation geschieht, die peremtorische Beweisfrist gewöhnlich schon abgelaufen ist, also der Deferent keine neuen Beweismittel mehr substituiren kann.

Martin §. 225. not. h.

Auch kann der einmal revocirte Eid nicht mehr neuerdings deferirt werden.

c. 11. C. cit.

Für den Delaten hat aber die einmal erklärte Acceptation die Wirkung, daß er weder zur Relation, noch zur Gewissensvertretung mehr zurückkehren kann.

Glück a. a. O. S. 300.

Barth a. a. O. S. 52.

A. M. ist wegen analoger Anwendung der c. 11. C. 4. 1. Schmid, Hdb. II. S. 373.

Uebrigens kann der Delat im Falle der Acceptation von dem Deferenten verlangen, daß dieser vor der Ableistung des Haupteides de calumnia schwöre.

Fr. 34. §. 4. D. 12. 2.

Fr. 11. §. 1. D. 25. 2.

Barth a. a. O. S. 53.

A. M. in Beziehung auf das heutige Recht ist v. Savigny, Syst. VII. S. 74 u. 85.

C. Wirkung der Recusation.

§. 270.

Diese besteht, vorausgesetzt daß die Eidesdelation nicht als ein bloßes Vergleichsoffert zu betrachten ist, in der poena confessi

Fr. 34. §. 6 u. 9. Fr. 38. D. 12. 2.

Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn entweder der Delat die Zuschiebung in concreto als unzulässig darstellen kann, oder wenn sich der Deferent weigert, de calumnia zu schwören, indem in diesem letzten Falle der Haupteid selbst pro remisso gehalten wird.

Fr. 37. D. eod.

D. Folgen der wirklichen Leistung.

§. 271.

Wenn der zugeschobene oder zurückgeschobene Eid wirklich geleistet wird, so gilt die beschworene Behauptung als förmliche Wahrheit, d. h. es kann später nur noch etwa in Frage gestellt werden, ob wirklich geschworen wurde, keineswegs aber auch, ob der Inhalt des Eides mit dem objectiven Sachverhalt übereinstimme.

Fr. 5. §. 2. — Fr. 9. §. 1. — Fr. 28. §. 10.
Fr. 29 u. 30. pr. D. 12. 2.
§. 11. J. 4. 6.

Aus diesem Grunde findet auch gegen einen geleisteten freiwilligen Eid kein Gegenbeweis statt, und ein auf einem solchen Eid gebautes Urtheil kann wegen angeblicher Unwahrheit des Eides nicht mehr angefochten werden. Nach Röm. Rechte war die Anfechtung sogar dann ausgeschlossen, wenn sich der Anfechtende bereit erklärte, dem Schwörenden einen wissentlichen Meineid nachzuweisen.

Fr. 31. in f. D. 12. 2.
§. 4. J. 4. 13.
c. 1. C. 4. 1.

Nur in dem singulären Falle, wenn ein Legatar, welcher sich durch einen Eid einen Anspruch auf ein Vermächtniß erworben hatte, nachher des Meineides überwiesen werden konnte, fand eine Ausnahme statt.

c. 13. C. 4. 1.

Diese Ausnahmsbestimmung wird zwar wegen des beigefügten Motives von mehreren Juristen auf alle Fälle eines erweislichen Meineides ausgedehnt;

Schmid, Handb. II.

allein diese Ausdehnung läßt sich mit der in der c. 1. desselben Titels enthaltenen Bestimmung nicht vereinigen.

v. Savigny, Syst. VII. S. 67.

In Gemäßheit einer Vorschrift der P. H. G. O. findet jedoch allerdings ein Anspruch auf Restitution des durch den Eid gewonnenen Gutes statt, wenn Der, welcher den Eid geleistet hatte, von dem Strafgerichte wegen Meineids verurtheilt worden ist.

P. H. G. O. Art. 107.

Wegen der angegebenen Wirkung wird der Eid schon im Röm. Rechte mit dem gerichtlichen Geständnisse und dem Urtheile auf gleiche Linie gestellt, weil auch durch confessio in jure und res judicata formelle Wahrheit entstand;

Fr. 56. D. 42. 1.

Fr. 1. pr. D. 44. 5.

und mit Rücksicht auf die Vertragsnatur des Eides wird diesem sogar eine größere Kraft beigelegt, als der res judicata

Fr. 2. D. 12. 2.

Vergl. Fr. 40. 42. pr. D. 12. 2.

Fr. 43. D. 12. 6.

Fr. 95. §. 4. D. 46. 3.

v. Savigny a. a. O. S. 66.

Gleichwie übrigens aus der res judicata eigenthümliche Rechtsmittel entsprangen, nämlich die actio judicati und die exceptio rei judicatae, eben so erzeugte auch der Eid eine actio (in factum) und die exceptio jurisjurandi;

Fr. 9. §. 1 u. 6. Fr. 11. §. 1. D. 12. 2.
c. 8. C. 41.

und die Anwendbarkeit dieser Rechtsmittel war denselben Beschränkungen unterworfen, welche auch hinsichtlich der Anwendung der aus der res judicata entspringenden Rechtsmittel galten.

Fr. 3. §. 3. Fr. 7, 8 u. 9. §. 7. Fr. 10, 11. §. 3. und Fr. 12. D. 12. 2.
Fr. 7. §. 7. D. 6. 2.
Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 69.

Nach Röm. Rechte bezogen sich diese Grundsätze nicht bloß auf den gerichtlichen, sondern auch auf den außergerichtlichen Eid.

Fr. 28. §. 10. D. 12. 2.

Allein diesem letzteren (welcher übrigens ohnehin nicht in die Proceßtheorie gehört) wird heutzutage von Mehreren die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen, welche ihm das Röm. Recht beilegt, z. B. von

v. Savigny a. a. O. S. 85.

Hinsichtlich des gerichtlich zugeschobenen Eides sind jedoch noch folgende Bemerkungen beizufügen:

Zur Zeit des Formularprocesses war die Wirkung der gerichtlichen Eidesleistung verschieden, je nachdem diese *in jure* oder *in judicio* geschehen war. — In dem ersten Falle kam es darauf an, ob der Kläger oder der Beklagte den ihm zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid geleistet hatte. — Wenn der Kläger geschworen hatte, und zwar, daß ihm der Beklagte eine bestimmte Geldsumme schuldig sey, so war damit Alles abgethan. Es erfolgte weder eine

litis contestatio, noch die Anordnung eines judicium, sondern der Kläger konnte nöthigenfalls sofort auf obrigkeitliche Execution antragen.

Fr. 34. §. 6. D. 12. 2.

War aber der Gegenstand des von dem Kläger geleisteten Eides nicht eine bestimmte Geldschuld, so mußte zwar zum Behufe der Ausmittlung des Geldwerthes noch ein judicium angeordnet werden; allein die formula beschränkte sich in diesem Falle doch nur auf die Feststellung des Werthes allein, ohne dem judex auch, wie sonst, die Untersuchung der Wahrheit des klägerischen Anspruches selbst aufzutragen, welche ja bereits durch den in jure geleisteten Eid vollständig erwiesen war.

v. Savigny, Syst. VII. S. 77.

Hatte sich aber der Beklagte von dem Anspruche des Klägers in jure freigeschworen, so kam es gleichfalls zu keinem weiteren Verfahren mehr. Der Prätor versagte in diesem Falle die Anordnung eines judicium, und der Eid hatte für den Beklagten die Wirkung eines freisprechenden Urtheils.

Fr. 7—9. pr. — Fr. 34. §. 7. D. 12. 2.

Wurde aber von dem Kläger der Versuch gemacht, dieselbe Klage wider denselben Beklagten neuerdings anzustellen, so konnte sich der Letztere mit der exceptio jurisjurandi schützen.

Anders verhielt sich zum Theile die Sache mit dem Eide in judicio. Daß die Zuschiebung des Eides auch vor dem judex noch zulässig war; — daß der Delat auch hier bei Vermeidung der Annahme eines Geständnisses entweder den Eid selbst leisten, oder denselben referiren mußte; — endlich, daß die wirkliche Eidesleistung die beschworene Behauptung zur vollen Gewißheit brachte, kann zwar mit Grund nicht bezweifelt werden,

v. Savigny a. a. O. S. 79 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 175. not. 28.

aber ein Surrogat des Urtheils war der in judicio geleistete Eid nicht, indem der judex in jedem Falle, der Eid mochte wirklich geschworen oder verweigert worden seyn, ein diesem Vorgange angemessenes Urtheil zu sprechen verpflichtet war.

Fr. 34. §. 8 u. 9. D. 12. 2.

Fr. 21. D. 4. 3.

Fr. 25. §. 3. D. 22. 3.

Vgl. c. 11. C. 7. 45.

Diese Verbindlichkeit des Richters, auch im Falle einer Eidesleistung ein Urtheil zu erlassen, hat sich auch nach dem Untergange des ordo judiciorum erhalten, und ist im Justinianischen Rechte ausdrücklich bestätigt.

c. 12. C. 4. 1.

Die Erlassung des Eides (remissio) hat übrigens dieselbe Wirkung wie die wirkliche Leistung desselben.

Fr. 6. und Fr. 9. §. 1. D. 12. 2.

Die Frage aber, ob der Eid als geleistet zu betrachten sey, wenn die Partei, welche ihn bereits acceptirt hatte, durch den Tod an der wirklichen Ableistung desselben verhindert wurde, wird gewiß richtiger verneint. Denn eine directe Bestätigung des Satzes: „mortem loco jurisjurandi esse“ findet sich nirgendwo in den Gesetzen; die allgemeine Bemerkung in c. 6. C. 9. 27. kann hiebei um so weniger in Betracht kommen, als dieselbe jedenfalls durch eine Gegenbemerkung in Nov. 18. c. 6. aufgewogen werden könnte; endlich hätte der Uebelstand, zu dessen Abwendung Justinian die c. 12. C. 4. 1. zu erlassen sich bewogen fand, nicht eintreten können, wenn der Tod des Delaten die Eidesleistung ersetzt hätte. — In dem Falle, wo die wirkliche Eidesleistung bei Lebzeiten des dazu Ver-

pflichteten durch bloßen Zufall verhindert wurde, wird die Richtigkeit dieser Ansicht jetzt auch nicht mehr bezweifelt, und noch weniger kann sie dann bezweifelt werden, wenn etwa der Verpflichtete selbst auf schuldhafte Weise die Leistung des Eides verzögerte, indem hier eher die Frage entstehen könnte, ob nicht der Eid als desert (recusirt) zu erachten sey (was sich aber wohl auch nicht mit Grund behaupten läßt). Nur in dem Falle könnte die Meinung, daß der Eid post mortem pro praestito zu halten sey, mit einigem Grunde vertheidigt werden, wenn der Deferent selbst es war, welcher den Delaten an der Leistung des deferirten Eides durch absichtliche Verzögerungen hinderte, indem man hiefür die allgemeinen Regeln in Fr. 39 u. 161. D. 50. 17. und Fr. 24. D. 35. 1. anführen könnte. Allein auch in diesem Falle ist es bedenklich, die bloße Acceptation des Eides der wirklichen Leistung gleichzusetzen, indem es immer möglich bleibt, daß der Delat, auch wenn er am Leben geblieben wäre, vielleicht doch nicht geschworen hätte. — Höchstens dürfte in diesem Falle der Deferent anzuhalten seyn, sich mit einem Eide der Erben des Delaten de ignorantia und de credulitate zu begnügen.

v. Lindelof im Arch. für civ. Praxis. Bd. IV. S. 423 flg.

A. M. Glück, Comm. XII. S. 307 flg.

Vgl. Linde, Lehrb. §. 311. (5te Aufl.)

Daß übrigens dem Deferenten in den beiden ersten Fällen auch ohne *restit. in integr.* der Rückgriff zu anderen Beweismitteln frei stehe, läßt sich mit der Eventualmaxime nicht vereinigen.

Siehe über das Ganze:

Schmid, Handb. II. S. 380—386.

Von dem Erfüllungs- und Reinigungseide.

§. 272.

Diese beiden Eide sind eigentlich Nothbehelfe für den Richter. Wenn nämlich der einer Partei aufgelegte Beweis unvollständig ausgefallen ist, so kann der Richter die Gegenpartei, genau genommen, weder verurtheilen, noch lossprechen: Ersteres nicht, weil die condemnatio eine volle juristische Ueberzeugung von der Wahrheit des Ausspruches voraussetzt; — aber auch Letzteres nicht, weil selbst im Falle eines gänzlich mißlungenen Beweises nichts anderes erfolgen kann, als Lossprechung, dieser Fall aber mit dem eines unvollständig gelieferten Beweises doch nach der Natur der Sache nicht auf eine Linie gestellt werden kann. Damit nun der Richter nicht in die Nothwendigkeit versetzt werde, ein „non liquet" auszusprechen, und dadurch die streitenden Theile gleichsam zur Selbsthülfe zu verweisen, so ist es ihm gestattet, den Eid zu Hülfe zu nehmen, und entweder dem Producenten ein jusjur. aufzulegen, um dadurch den unvollständigen Beweis zu ergänzen (jur. *suppletorium,* Erfüllungseid), oder dem Producten, um dadurch jenen Beweis gänzlich zu vernichten (Reinigungseid, jur. *purgatorium*).

Als Hülfsmittel für den Richter bei mangelhaften Beweisen kommt der Eid schon im Römischen Rechte vor Justinian vor.

Fr. 31. D. 12. 2.
c. 3. C. 4. 1.
c. 12. C. eod.
Malblanc l. c. §. 71.

Die Unterscheidung zwischen suppletorium und purg., so wie die jetzt geltenden näheren Bestimmungen über die

Anwendbarkeit dieser Eide gehören aber freilich einer späteren Zeit an; denn das Röm. Recht enthält nur die allgemeine Vorschrift, in causis dubiis, oder propter inopiam probationum dürfe der Richter das jusjurandum zu Hülfe nehmen; alles Uebrige war in sein Ermessen gestellt.

Zur Ausbildung der jetzt herrschenden Ansichten über den Unterschied und den Gebrauch des Erfüllungs- und Reinigungseides hat vorzüglich das canonische Recht — c. 36. §. 1. X. 2. 24. — beigetragen.

Vgl. *Malblanc* §. 109 sq.

Wetzell, Syst. I. S. 167 flg.

Von dem jusjur. volunt. sind diese beiden jur. necessaria wesentlich verschieden.

Denn

1) jenes wird einer Partei von der andern deferirt; diese dagegen können nur von dem Richter aufgelegt werden, weil nur er zu beurtheilen hat, ob und in welchem Grade der Beweis unvollständig geliefert wurde. Daher findet auch hier keine Zurückschiebung statt, und eben so wenig ein jur. calumniae.

Vinnii sel. qu. l. I. qu. 43.

2) Das jur. vol. kann zugeschoben werden, wenn gleich noch gar nichts bewiesen ist. Die jur. necessaria setzen immer wenigstens einigen Beweis voraus.

3) Die Delation des Haupteides findet heutzutage der richtigeren Ansicht zufolge nur so lange statt, als die peremtorische Beweisfrist noch nicht abgelaufen ist. Bei den nothwendigen Eiden verhält sich die Sache gerade umgekehrt. Diese dürfen gar nicht früher aufgelegt werden, als bis die Beweisführung geschlossen, und die Herstellung eines anderweitigen besseren Beweises nach processualischen Grundsätzen nicht mehr zulässig ist; denn nur unter dieser

Voraussetzung befindet sich der Richter wirklich in jenem Nothstande, welcher ihn zur Benützung dieser Eide berechtigt. Ist daher ein anticipirter Beweis unvollständig ausgefallen, und der Richter hat übersehen, eine peremtorische Frist zu bestimmen, so kann nur auf besseren Beweis, aber nicht auf ein jur. necessar. erkannt werden. — In diesem Umstande, daß die nothwendigen Eide erst nach eingetretener Präclusion aller übrigen Beweismittel aufgelegt werden dürfen, liegt auch der Grund, warum hier die Gewissensvertretung ausgeschlossen ist, indem durch diese, wenn sie gestattet wäre, auch versäumte Beweismittel wieder nachgeholt werden könnten.

A. M. Overbeck, Medit. IX. 406.

Danz, ord. Pr. §. 363.

Da übrigens diese Eide auf einem Nothrechte des Richters beruhen, so kann er dieselben auch unaufgefordert (von Amtswegen) auflegen.

Ueber die Frage, ob im einzelnen Falle das supplet. oder das purg. aufgelegt werden soll, haben sich, wohl mit Rücksicht auf c. 36. §. 1. X. 2. 24, folgende Grundsätze gebildet:

I. Hat der Beweisführer mehr als halben Beweis geliefert, so ist er zum Erfüllungseide, — hat er aber

II. weniger als halben Beweis hergestellt, so ist der Product zum Reinigungseide zuzulassen.

Ob übrigens mehr oder weniger als halber Beweis geliefert sey, hat der Richter zu beurtheilen.

III. Wenn gerade halber Beweis geliefert worden seyn sollte, d. h. wenn der Richter auch nach der sorgfältigsten Prüfung und Abwägung des Beweises zwar mehr als bloß eine schwache Vermuthung für die Behauptung des Beweisführers begründet fände, aber doch kein

entschiedenes Uebergewicht der Wahrscheinlichkeit, so würde er sich an folgende Regeln zu halten haben:

1) Wenn bei einer Partei bessere Kenntniß der Sache vorausgesetzt werden kann, als bei der andern, so ist jene zum Eide zuzulassen, dieser mag nun nach Beschaffenheit der Parteirolle der Erfüllungs- oder der Reinigungseid seyn.

2) Ist die Sachkenntniß auf beiden Seiten gleich, so entscheidet der höhere Grad persönlicher Glaubwürdigkeit.

3) Läßt sich auch in dieser Beziehung kein Unterschied finden, so ist darauf zu sehen, ob nicht etwa die Sache einer Partei eine gesetzliche Begünstigung genießt, z. B. Fr. 85. D. 50. 17. Ist dieses wirklich der Fall, so soll der Vertheidiger der begünstigten Sache zum Eide zugelassen werden. — Widrigenfalls ist aber nach dem allgemeinen Grundsatze in Fr. 125. D. 50. 17. dem Beklagten der Eid aufzulegen. In den Gesetzen kommen zwar diese Regeln keineswegs ausdrücklich vor, welche vielmehr alles dem arbitrium judicis überlassen;

c. 36. §. 1. X. 2. 24.

allein sie sind doch die natürlichsten Anhaltspunkte für das arbitrium judicis selbst.

Was die Wirkung dieser beiden Eide betrifft, so ergibt sich dieselbe schon aus den Benennungen. Durch die Leistung des Erfüllungseides wird nämlich der unvollständige Beweis ergänzt; durch das purg. wird er gänzlich entkräftet. Die Recusation hat bei beiden die Folge, daß dasjenige als eingestanden angenommen wird, wovon das Gegentheil hätte beschworen werden sollen. Wird also das supplet. verweigert, so verliert der mehr als halbe Beweis seine Kraft; die Verweigerung des purg. erhebt aber den weniger als halben Beweis zum

vollständigen. — Ist übrigens ein solcher Eid einmal ausgeschworen, so findet zwar in der Regel auch kein Gegenbeweis mehr statt; — indessen ist hievon doch dann eine Ausnahme zu machen, wenn man erst später neue Beweismittel entdeckt.

Fr. 31. D. 12. 2.

Fr. 4. §. 3. D. 12. 3.

Auf die Beschaffenheit der Beweismittel kommt hiebei nichts an, weil der in Fr. 31. cit. gebrauchte Ausdruck „instrumenta“ alle Beweismittel umfaßt. Wohl aber muß der Reprobant auf Verlangen beschwören, daß ihm die Beweismittel früher nicht bekannt waren.

Overbeck, Med. IX. med. 465.

Hinsichtlich der Frage, ob ein nothwendiger Eid auch de credulitate aufgelegt werden könne, s. Dr. F. Hartter, über den Glaubenseid, als Beweisergänzungsmittel. Regensburg 1831. Ueber die Behandlung des Notheides in Beziehung auf Gemeinden und Streitgenossen s. Schmid Handb. II. S. 417 flg.

Von dem jusjurandum in litem.

§. 273.

Wenn Jemand durch die widerrechtliche Handlung oder Unterlassung eines Andern Schaden gelitten hat, so muß er, um auf gerichtlichem Wege die Vergütung dieses Schadens (sey es nun bloß die aestimatio rei, oder das Interesse) zu erlangen, in der Regel die Größe desselben durch die gewöhnlichen hiezu geeigneten Beweismittel her-

zustellen suchen. In einigen Fällen ist es jedoch dem Beschädigten gestattet, den Schaden selbst zu schätzen, und auf den Betrag dieser Selbstschätzung kann der Richter die condemnatio stellen, wenn dieselbe durch einen Eid bekräftigt wird. Dieser Eid heißt jusjur. in litem (Schätzungs-, Würderungs-Eid). Die Fälle, in welchen er nach röm. Rechte stattfindet, sind jedoch nur folgende:

1) Wenn bei den auf ein restituere oder exhibere gerichteten arbitrariae actiones der zum Restituiren oder Exhibiren der Sache in natura verurtheilte Beklagte diesem Urtheile nicht Folge leistet, und ihm die Sache auch nicht durch directen Zwang (manu militari) abgenommen werden kann. — Die allgemeine Bestimmung hierüber s. in Fr. 68. D. 6. 1. — Beispiele in Fr. 16. §. 3. D. 20. 1. — Fr. 18. pr. D. 4. 3. — In Bezug auf die actio ad exhibendum, welche auch den arbitrar. act. beigezählt wird (§. 31. J. 4. 6.), s. Fr. 3. §. 2. und Fr. 5. §. 2. D. 10. 4. — Fr. 5. pr. und Fr. 10. D. 12. 3.

2) Bei actionibus bonae fidei; aber wahrscheinlich nicht schlechthin in allen Fällen, sondern auch nur dann, wenn die Klage auf ein restituere gerichtet ist, und der Beklagte die Sache in natura nicht restituirt, oder restituiren kann. — Z. B. Fr. 48. §. 1. D. 19. 2. — Fr. 1. §. 26. D. 16. 3. — Fr. 8. D. 12. 3. Fr. 25. §. 1. D. 24. 3. — In Fr. 5. pr. D. 12. 3. und Fr. 3. §. 2. D. 13. 6. wird freilich von der Anwendbarkeit des jur. in litem auf act. b. f. in so allgemeinen Ausdrücken gesprochen, daß sich die gewöhnliche Ausdehnung dieses Eides auf alle Klagen dieser Art wohl erklären läßt. — Allein der Zusammenhang der ganzen Lehre und die Natur dieses Eides nach Röm. Rechte sprechen doch mehr für obige Einschränkung.

Vgl. darüber besonders: v. Schröter in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. VII. S. 371 flg.

Hingegen bei actionibus stricti juris ist das jusjur. in litem in seiner eigenthümlichen Bedeutung ausgeschlossen. Nur als Nothbehelf zur Unterstützung der *aestimatio* des *judex* kann auch hier ein Eid vorkommen, welcher aber nur auf den wahren Geldwerth der Sache zu richten ist, und nur dann stattfindet, wenn dem Kläger der Beweis dieses Werthes durch mora oder culpa des Beklagten unmöglich gemacht wurde.

Fr. 5. §. 4. u. Fr. 6. D. 12. 3.

v. Schröter a. a. O. S. 382 flg.

Aber auch in diesen Fällen ist das jusjur. in litem nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

1) Der Beklagte muß sich in dolo oder culpa lata befinden; also, wenn ihm die Restitution oder Exhibition einer Sache aufgelegt ist, dieselbe verweigern, obwohl er im Stande wäre, der Auflage Folge zu leisten (*contumacia* non restituentis vel non exhibentis), — oder sich absichtlich außer Stand gesetzt haben, den Auftrag befolgen zu können (*dolo fecisse*, *quo minus possit restituere*).

Fr. 2. §. 1. Fr. 5. §. 3. D. 12. 3.
Fr. 68. D. 6. 1.
c. 2. C. 5. 53.

Außerdem wird nicht der Kläger zum Schätzungseide zugelassen, sondern es muß eine Schätzung durch die gewöhnlichen hiezu geeigneten Mittel versucht werden (judex aestimat, quanti ea res est).

Fr. 4. §. 4. Fr. 5. §. 3. D. 12. 3.
c. 2. C. 5. 53.

Sollte eine aestimatio auf gewöhnlichem Wege nicht möglich seyn, so darf zwar der Richter auch in diesem Falle zur Eidesauflage seine Zuflucht nehmen:

arg. Fr. 5. §. 4. D. 12. 3.

allein der Eid ist dann eigentlich kein jusjurandum in litem.

2) Der Verlust des Klägers muß von der Art seyn, daß eine Schätzung desselben nach der Beschaffenheit des Objects als nothwendig erscheint, weßhalb z. B. das jusjur. in litem in dem Falle, wo bloß auf Zurückgabe eines bestimmten Gelddepositums geklagt wurde, ausgeschlossen ist.

Fr. 3. D. 12. 3.

3) Das Recht des Klägers, und die Verbindlichkeit des Beklagten an sich muß bereits erwiesen seyn, und eben so auch der dolus oder die lata culpa des Letzteren; denn durch das jusjur. in litem soll nur die Größe des Werthes, oder das Interesse ermittelt werden. — Dagegen ist

4) dieser Eid kein subsidiarisches Beweismittel, d. h. er findet nicht etwa nur dann statt, wenn die Größe des Schadens auf andere Art gar nicht hergestellt werden kann.

Die Auflage des Eides hängt zwar von dem Ermessen des Richters ab,

Fr. 4. §. 1. Fr. 5. §. 1. D. eod.

und daher dürfte sich die Behauptung kaum rechtfertigen lassen, daß der Kläger binnen der peremtorischen Beweisfrist ausdrücklich darauf antragen müsse;

A. M. Gensler im Arch. IV. S. 295.

allein so weit geht gewiß das arbitrium judicis nicht, daß er den Eid, ungeachtet des Vorhandenseyns aller gesetzlichen Erfordernisse, doch verweigern dürfte. Auch

entsteht durch die richterliche Auflage für den Kläger keine Verbindlichkeit, zu schwören, — weil er ja auf diesen Vortheil auch verzichten kann; — sondern, wenn er es vorzieht, den Betrag des Schadens auf andere Art zu beweisen, so muß er mit diesem Antrage gehört werden.

Fr. 71. D. 6. 1.

c. 2. C. 5. 53.

Vgl. v. Schröter a. a. O. S. 404 flg.

Sollte der Beklagte selbst den Kläger zur eidlichen Schätzung aufgefordert haben, so würde diese Aufforderung als eine gewöhnliche Eidesdelation zu betrachten seyn. Die freiwillige Eideszuschiebung gerade hier für unstatthaft zu halten, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. — Nicht dagegen ist: Fr. 4. §. 1. D. 12. 3.

Unter den gedachten Voraussetzungen ist übrigens die Schätzung des Werthes oder des Interesse dem Gewissen des Schwörenden überlassen.

Fr. 4. §. 2. D. 12. 3.

Fr. 68. D. 6. 1.

Fr. 5. §. 1. D. 2. 7.

Hieraus ergibt sich der für die Bestimmung der Eigenthümlichkeit dieses Eides entscheidende, und auch schon von den römischen Juristen ausdrücklich angegebene Gesichtspunkt, daß das jusjur. in litem eine Strafe des dolus und der contumacia seyn soll.

Fr. 8. D. 12. 3.

Vergl. Fr. 60. §. 1. D. 35. 2.

Fr. 1. D. 12. 3.

A. M. ist: Wirschinger, Versuch einer neuen Theorie über das jur. in lit. Landsh. 1806. §. 71.

Damit jedoch diese Strafe nicht zu unverhältnißmäßig ausfalle, und der Kläger die ihm dargebotene Gelegenheit

nicht willkürlich mißbrauche, ist es dem Richter erlaubt ein Maximum festzusetzen, welches der Schwörende nicht überschreiten darf.

Fr. 4. §. 2. Fr. 5. §. 1. D. 12. 3.

Fr. 18. pr. D. 4. 3.

Ja selbst nach geleistetem Eide noch kann das beschworene Quantum moderirt, aus erheblichen und erst später entdeckten Gründen sogar der Beklagte gänzlich losgesprochen werden.

Fr. 4. §. 3. Fr. 5. §. 2. D. 12. 3.

Vgl. hierüber besonders: v. Schröter a. a. O. S. 395 bis 404.

Von dem s. g. juramentum Zenonianum.

§. 274.

Das jur. Zenonianum, — so genannt nach dem Urheber desselben, Kaiser Zeno, dessen Verordnung c. 9. C. 8. 4. auch in das kanonische Recht c. 7. X. 1. 40. übergegangen ist, findet bei Klagen wegen gewaltsamer Besitzentsetzungen statt. Wenn nämlich nur die Gewaltthat an sich eingestanden oder erwiesen ist, so wird der Beschädigte darüber zum Eide zugelassen, daß er bei der Entsetzung bewegliche Sachen eingebüßt habe, und wie viel diese Sachen werth waren. — Das jur. Zenon. ist daher eigentlich nichts anderes als ein jusjurand. in litem. — Nur darin weicht es von demselben ab, daß es a) nur in subsidium, d. h. dann zugelassen werden soll, wenn der Entsetzte nicht im Stande ist, zu beweisen, welche einzelnen Sachen er eingebüßt habe; und daß b)

hier immer durch vorgängige richterliche Taxation ein Maximum festgesetzt wird, welches nicht überschworen werden darf.

Vergl. v. Schröter a. a. O. S. 409 flg.

v. Savigny, Recht des Besitzes (6te Aufl.) §. 40. S. 539. not. 1.

Von dem s. g. jur. quantitatis.

§. 275.

Das jur. quantit. wird in dem Falle angewandt, wenn zwar der Grund und die Existenz einer Forderung vollkommen erwiesen, aber der Betrag derselben noch ungewiß ist. — Ueber die rechtliche Natur dieses Eides sind die Meinungen sehr verschieden. Einige betrachten ihn als ein suppletorium, Andere als ein jusjur. in litem, wieder Andere endlich als eine eigene für sich bestehende Gattung. Um zu einer richtigen Ansicht zu gelangen, scheinen folgende Fälle unterschieden werden zu müssen: A) Der Kläger hat nicht nur die Existenz seines Forderungsrechtes vollständig, sondern auch den Betrag der Forderung mehr als halb bewiesen. In diesem Falle ist das jur. quant. nichts Anderes, als ein gewöhnlicher Erfüllungseid, und hat daher nichts Besonderes. — B) Die Größe der Forderung ist noch ganz unerwiesen. Hier kommt es darauf an, ob die Erfordernisse des jur. in litem vorhanden sind oder nicht. — In dem ersten Falle ist der Quantitätseid wirklich ein jur. in litem. In dem zweiten dagegen, und wenn auch der Fall des

Fr. 5. §. 4. D. 12. 3. nicht gegeben ist (S. oben), müßte man allerdings das jur. quantit. als einen eigenen für sich bestehenden Eid ansehen. Allein eben hier entsteht die Frage, ob, abgesehen von der Praxis, in den Quellen des gemeinen Processes dieser Eid begründet sey oder nicht? Auf Fr. 1. §. 40. D. 16. 3. kann man sich hiebei nicht berufen; denn vergleicht man diese Stelle mit dem, einen ganz ähnlichen Fall behandelnden Fr. 19. §. 4. D. 47. 2, so enthält sie weiter nichts, als die Bestimmung, daß sich der Kläger durch einen Eid von der Verbindlichkeit befreien könne, den Gegenstand der Klage so genau zu beschreiben, als es sonst nothwendig wäre. — Auch das kanonische Recht c. 32. X. 2. 24. spricht nicht von einem Falle, wo die Größe der Forderung als absolut ungewiß vorausgesetzt werden müßte; und die allgemeine Vorschrift der c. 3. C. 4. 1. auch auf den Fall anzuwenden, wo bloß die Existenz der Forderung, deren Betrag aber durchaus gar nicht bewiesen wurde, ist nicht bloß wegen des gefährlichen Mißbrauches bedenklich, der unter dieser Voraussetzung von dem Quantitätseide gemacht werden könnte, sondern auch wegen der Zweideutigkeit des in jener Stelle vorkommenden Ausdruckes „*inopia*" und wegen des Widerspruches, in welchen man bei dieser Auslegung mit dem allgemeinen Grundsatze des c. ult. X 2. 24. geräth.

F. B. Busch im Arch. für die civ. Prax. Bd. XXI. S. 206 flg.

Vergl. *G. A. Rapp,* de jurejur. suppl. ad quant. debiti pert. Heidelb. 1816.

In den gesetzlichen Quellen des gemeinen Rechts dürfte daher dieses juram. quantit. keine hinreichende Stütze finden. — Bei dem s. g. juram. expensarum, welches man nach c. 13. §. 6. C. 3. 1. und G. G. O.

v. 1555 Thl. I. Tit. 66—68. allerdings als gesetzlich begründet anerkennen muß, läßt sich die Größe der gehabten Auslagen wenigstens approximativ bestimmen. Hier ist also das Quantum nicht absolut ungewiß, und insofern läßt sich dieser Eid noch am ehesten rechtfertigen. Selbst eine analoge Ausdehnung auf Fälle ähnlicher Art dürfte nicht gerade hin zu mißbilligen seyn. Allein die Anwendung des Quantitätseides auch bei absolut ungewissem Forderungsbetrage kann gewiß auch durch diese Gesetze nicht gerechtfertigt werden. Wenn übrigens die Schriftsteller, welche den Quantitätseid gleichwohl auch auf Fälle dieser Art ausdehnen, dem Richter hiebei große Vorsicht und gewissenhafte Erwägung aller Umstände und persönlichen Verhältnisse zur Pflicht machen,

s. Strube I. Bd. 35.

so ist dieß um so mehr zu billigen, als selbst bei dem jusjur. in litem das arbitr. jud. nicht ausgeschlossen ist.

Vergl. überhaupt Wetzell Syst. I. S. 171. not. 16.

Anhang.

§. 276.

Außer den bisher abgehandelten Eiden kommen im Civilprocesse noch manche andere unter verschiedenen Benennungen, zum Theile auch mit besonderen Eigenthümlichkeiten vor. Allein einige derselben gehören eigentlich gar nicht der Theorie vom Beweise an, wie z. B. das jusjur. *calumniae s. malitiae*; andere enthalten nur eine specielle Anwendung der bisher vorgetragenen Grundsätze

auf einen bestimmten Fall, z. B. das s. g. *jur. perhorresc.*; — noch andere endlich werden zweckmäßiger im Zusammenhange mit den einzelnen processualischen Handlungen vorgetragen, bei welchen sie zunächst vorkommen, z. B. das jur. *diffessionis* (unten bei der Darstellung des Urkundenbeweisverfahrens); das jur. editionis (bei der Lehre von der editio docum.).

Nur über den s. g. Manifestations- oder Offenbarungs-Eid mögen noch einige Bemerkungen hier Raum finden. — Der Ursprung dieses Eides ist in dem Römischen Rechte zu suchen, obgleich die jetzt übliche Benennung desselben dort nicht vorkommt, und nur in einem einzelnen Falle davon Erwähnung geschieht. In der c. 22. §. 10. C. 6. 30. verordnete nämlich Justinian, daß, wenn die Erbschaftsgläubiger, die Legatarien oder Fideicommissarien vermuthen, daß der Erblasser mehr Vermögen hinterlassen habe, als sich in dem Inventarium verzeichnet findet, dieselben das Recht haben sollten, in Ermanglung anderer Beweismittel, von dem Erben einen Eid hierüber zu fordern. — Diese Verordnung Justinians ist nun späterhin in der Art ausgedehnt worden, daß man diesen Eid überhaupt in allen Fällen zuläßt, so oft Jemand fremdes Vermögen (z. B. als Tutor, Curator, Verwalter u. dgl.) unter seinen Händen hatte; oder so oft Jemand mit seinem eigenen Vermögen Anderen verhaftet ist, und der Verdacht entsteht, daß er zum Nachtheile der Berechtigten den Stand desselben nicht genau angezeigt habe. In der letzteren Beziehung kommt dieser Eid jetzt im Executionsverfahren und im Concursprocesse vor.

S. meine Theorie des Concursproc. S. 125 not 7.
Vgl. überhaupt: *Malblanc* de jurejur. §. 48.
Fredersdorf, Anweis. für angeh. Justizbeamten. III. Bd. S. 10 flg.

Rödiger, Vers. einer vollständ. Entwickelung der Lehre vom Manifestationseide. Leipz. 1831.

O. A. Walther, Genetische Entwickelung der Lehre vom s. g. Manifestationseide. Marburg 1859.

Wetzell Syst. I. S. 181 flg.

Von dem Beweisverfahren.

Im Allgemeinen.

§. 277.

Die Form des Beweisverfahrens hängt zwar allerdings in vielfacher Beziehung von der eigenthümlichen Beschaffenheit der Beweismittel ab, deren sich der Producent in concreto bedient. Indessen findet sich doch, ungeachtet der hierdurch entstehenden Abweichungen und Verschiedenheiten, manches Gemeinsame, von der Qualität des gewählten Beweismittels Unabhängige. So lassen sich namentlich in jedem Beweisverfahren zwei Abschnitte, nämlich die Antretung des Beweises und das s. g. Productionsverfahren im weiteren Sinne; — in den meisten Fällen aber auch noch ein dritter Abschnitt, nämlich das Haupt- oder Schlußverfahren, unterscheiden. In Bezug auf jeden dieser Abschnitte sind aber einige allgemeine Grundsätze zu bemerken, welche eben ihrer Allgemeinheit wegen in der Darstellung des Verfahrens bei den einzelnen Beweismitteln nicht zweckmäßig vorgetragen werden könnten.

I. Von der Antretung des Beweises.

§. 278.

Beweisantretung ist die Erklärung eines streitenden Theiles, den ihm aufgelegten oder vorbehaltenen Beweis übernehmen zu wollen, verbunden mit der Anzeige seiner Beweismittel. — Diese Erklärung muß

I. innerhalb der zu diesem Zwecke festgesetzten Frist geschehen.

II. Wenn dem Producenten in Ansehung desselben Satzes mehrere Beweismittel zu Gebote stehen, so kann er 1) unter diesen frei wählen. Nur in wenigen Ausnahmsfällen ist diese Wahl beschränkt.

Vergl. darüber:

c. 2. C. 4. 20.

§. 12. I. 2. 23. — c. 32. C. 6. 42.

c. 18. C. 4. 20. — Nov. 90. c. 2.

c. 13. C. 4. 30.

c. 3. C. 2. 43.

Schmid Handb. II. S. 199 not. 46.

Der Beweisführer kann selbst mit Hintansetzung anderer ihm etwa zu Gebote stehenden Beweismittel seinem Gegner sofort den Haupteid zuschieben. — Gefährlich ist zwar dieses, und eben daher wird es auch selten vorkommen; daß es aber unstatthaft sey, läßt sich weder aus c. 26. X. 2. 24, noch weniger aus c. 2. X. 2. 19. beweisen. Der Producent kann aber auch 2) alle ihm zu Gebote stehenden, zulässigen Beweismittel cumuliren, sie mögen nun gleichartig seyn oder nicht. Nur soll a) nach c. 37. X. 2. 20. eine übermäßige Anzahl von Zeugen nicht zugelassen werden, und b) wenn der Producent in Verbindung mit anderen

Beweismitteln über denselben Satz auch den Haupteid zuschieben will, so kann dieses nur eventuell geschehen.

H. Linde, im Arch. VI. S. 188 flg.

Gensler im Arch. I. S. 155 flg.

Martin §. 186.

Schmid, Hdb. II. S. 196 u. 197.

Von der Beweisfrist insbesondere.

§. 279.

In den meisten deutschen Ländern ist die Beweisfrist durch Particulargesetze bestimmt. Nach gemeinem Rechte hängt aber die Bestimmung derselben von dem Richter ab, d. h. wenn dieser nicht ausdrücklich einen Zeitraum vorschreibt, binnen dessen der Beweis angetreten werden soll, so muß die Partei immer noch damit zugelassen werden. Die Stellen aus dem röm. und kanon. Rechte, auf welche man sich berufen hat, um auch nach gemeinem Rechte eine gesetzliche Beweisfrist zu vertheidigen, beziehen sich entweder nur auf ganz singuläre Fälle, wie z. B. Fr. 46. §. 4. D. 49. 14 und c. 1. in 6. 2. 5, oder passen nicht hierher, wie c. 1. C. 3. 11. Die Bestimmungen des J. R. A. §. 45, 47 und 48 sind aber wegen ihres genauen Zusammenhanges mit der Terminsordnung des ehemaligen Reichskammergerichts nicht anwendbar. — Um übrigens Proceßverzögerungen zu vermeiden, soll der Richter nie unterlassen, eine solche Frist und zwar in peremtorischer Eigenschaft vorzuschreiben.

Ueber Berechnung, Anfang und Ende der Beweisfrist sind zwar bei dem Mangel gesetzlicher Vorschriften die Ansichten verschieden;

vergl. hierüber besonders Gesterding im Arch. V. S. 252 flg.

die Mehrzahl der neueren Proceßlehrer hat sich jedoch über folgende Grundsätze vereinigt:

I. Die Beweisfrist fängt nicht schon sogleich nach der Publication des Interlocuts zu laufen an, worin sie ertheilt worden ist, sondern erst nach eingetretener Rechtskraft dieses Interlocuts. Wird also diese Eigenschaft nicht durch besondere Gründe schon früher hervorgebracht, so beginnt die Beweisfrist erst nach Ablauf von 10 Tagen nach der Publication des Interlocuts. — Denn die 10 Tage sind der Partei bloß ad deliberandum gegeben, ob sie ein Rechtsmittel ergreifen soll oder nicht; — während des Laufes derselben hat sie also noch keine Verbindlichkeit, sich auf die Erfüllung des noch anfechtbaren Decrets vorzubereiten. — Daß der Richter ausdrücklich einen früheren Anfangspunkt festsetzen könne — (z. B. a die publ.) ist zwar nicht zu bezweifeln; denn wenn er dieß thut, so ist es eben so viel, als wenn er der Partei eine um 10 Tage kürzere Beweisfrist vorgeschrieben hätte, und dazu ist er allerdings berechtigt, weil die Bestimmung der Dauer dieser Frist von seinem arbitrium abhängt. Allein wenigstens muß er dann ad probandum eine längere Frist bestimmen, als welche das Gesetz ad deliberandum gegeben hat, weil sonst indirect die Deliberationsbefugniß der Partei selbst beschränkt würde, welche doch von der richterlichen Willkür unabhängig ist.

II. Ergreift eine Partei wirklich ein Rechtsmittel gegen das Beweisinterlocut, so bleibt die Beweisfrist so lange in suspenso, bis das oberrichterliche Erkenntniß erfolgt, —

und, — falls auch dieses noch durch ordentliche Rechtsmittel anfechtbar wäre, — rechtskräftig geworden ist.

III. Wenn diejenige Partei, welche gegen das Beweisinterlocut ein Rechtsmittel ergriffen hat, in der Folge dasselbe desert werden läßt, so ist zu unterscheiden, ob der Beweisführer selbst das Rechtsmittel eingewandt hat, oder sein Gegner. In dem ersten Falle fängt die Beweisfrist zu laufen an, sobald die Desertion eingetreten ist, in dem zweiten, sobald der Beweisführer auf amtlichem Wege Kenntniß davon erhalten hat.

IV. Sind mit dem Beweisinterlocute auch noch präjudicielle Nebenauflagen verbunden, z. B. vorerst den Legitimationspunkt zu berichtigen, so fängt die Beweisfrist erst dann zu laufen an, wenn die Nebenauflage erfüllt ist; ausgenommen es wäre dem Beweisführer selbst die vorläufige Berichtigung eines solchen Präjudicialpunktes aufgelegt.

V. Ist die Beweisfrist einmal im Laufe, so endigt sie sich erst mit dem Ablaufe des letzten Tages.

Vergl. über diese Grds.

Joh. Chph. Koch. obs. de init. term. prob. Giess. 1785.

v. Gönner Hdb. II. 37. §. 31 flg.

Gesterding a. a. O., welcher aber in einigen Beziehungen abweicht, wie auch Reinhardt, II. §. 275 flg.

Die Folge der Versäumung der Beweisfrist ist Präclusion. Hat also die Partei gar keinen Beweis angetreten, so ist eben so zu erkennen, als wenn ihr der Beweis gänzlich mißlungen wäre. Hat sie aber nur nicht alle Beweismittel vorgeschlagen, welche ihr zu Gebote standen, so sind wenigstens die nicht benützten für diesen Proceß ausgeschlossen. Dieses Letztere gilt zwar nicht

von solchen Beweismitteln, welche der Richter auch von Amtswegen schon benützen darf (z. B. von Kunstverständigen, und den juram. necessariis); sonst aber von allen, selbst von der Delation des Haupteides, insofern diese als Beweismittel behandelt werden soll. Denn als ein gewöhnlicher Vergleichsantrag findet sie freilich auch später noch statt, allein in diesem Falle kann der Gegner ohne Nachtheil recusiren.

v. Bülow und Hagemann Erört. I. §. 57.
A. M. Glück Comm. XII. §. 795.

Nur dann kann ein neues Beweismittel auch nach eingetretener Präclusion noch nachgeholt werden, wenn der Producent eidlich bekräftigt, daß er früher keine Kenntniß davon hatte.

Arg. J. R. A. §. 78.

Daß aber auch außerdem noch ein Nachholen stattfinden soll, wenn von den wirklich vorgeschlagenen Beweismitteln ohne Verschulden des Producenten noch vor der wirklichen Benützung eines zu Grunde gegangen oder unbrauchbar geworden ist, läßt sich nach der Eventualmaxime nicht rechtfertigen, obwohl es beinahe allgemein angenommen wird.

Anderer Meinung sind:

v. Gönner Hdb. II. 39 §. 6 u. 7.
Spangenberg im Arch. VII. S. 219 flg.
Schmid Hdb. II. S. 195.

In der Eventualmaxime liegt auch der Grund, warum ein Vorbehalt von Beweismitteln bei der Antretung des Beweises für unwirksam erklärt werden muß.

Vgl. jedoch hinsichtlich der Eidesdelation:

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. I. Abh. XV.
Linde im Archiv. XIV. S. 422 flg.

Das Recht auf einzelne bereits vorgeschlagene Beweismittel Verzicht zu leisten, geht aber begreiflich durch den Ablauf der Beweisfrist nicht verloren.

Da übrigens die Beweisfrist nach gemeinem Rechte kein Fatale ist, so kann die Präclusion auch nur dann ausgesprochen werden, wenn die allgemeinen Bedingungen einer Ungehorsamsstrafe in Beziehung auf richterliche Fristen vorhanden sind.

Die Beweisfrist muß daher in peremtorischer Eigenschaft ertheilt worden seyn, und die Gegenpartei muß nach dem fruchtlosen Ablaufe derselben eine Ungehorsamsbeschuldigung gestellt haben.

v. Gönner II. 37. §. 29. 30.

Von der Frist zur Antretung des Gegenbeweises.

§. 280.

Daß der Richter auch zur Antretung des Gegenbeweises eine peremtorische Frist vorschreiben darf, und zur Abkürzung des Verfahrens selbst vorschreiben soll, ist nicht zu bezweifeln. Indessen ist man doch über den Zeitpunkt, wann dieß geschehen soll, nicht einig. Auf jeden Fall ist hiebei der s. g. directe Gegenbeweis von dem indirecten zu unterscheiden. Der erste ist unmittelbar gegen den Hauptbeweis selbst gerichtet, setzt also auf Seite des Producten sowohl Kenntniß des Inhaltes des Hauptbeweises, als auch der hiezu vorgeschlagenen Mittel voraus. Daraus folgt, daß die Frist dazu noch

nicht in dem Interlocute, worin der Hauptbeweis selbst aufgelegt wird, sondern erst in dem Decrete zweckmäßig vorgeschrieben werden kann, welches die Antretung des Hauptbeweises dem Producten mittheilt.

Schneider vom rechtl. Bew. §. 713 flg.

Anders verhält sich die Sache bei dem indirecten Gegenbeweise. Dieser ist seinem Inhalte nach von dem Hauptbeweise unabhängig, und kann daher auch ohne Kenntniß der Einrichtung des letzteren mit voller Sicherheit angetreten werden. Da nun durch eine gleichzeitige Verhandlung beider Beweise das Verfahren bedeutend abgekürzt wird, so scheint es am zweckmäßigsten zu seyn, die Frist zu diesem Gegenbeweise in der Regel zugleich mit der Frist für den Hauptbeweis vorzuschreiben. — Die Gründe, welche man für einen Aufschub des indirecten Gegenbeweises bis nach vollführtem Hauptbeweise angeführt hat,

S. bes. v. Gönner Hdb. II. Abh. 42. §. 4.

scheinen gegen den Vortheil der Proceßverkürzung nicht erheblich genug zu seyn, und auch die Analogie der Eventualmaxime gegen sich zu haben.

Sollte der Richter für den Gegenbeweis gar keine Frist festgesetzt haben, so müßte der indirecte nach c. 9. C. 8. 36. auch nach dem Erkenntnisse über das Resultat des Hauptbeweises noch zugelassen werden, wenn er anders diesem Resultate zufolge noch als nothwendig erscheint; der directe Gegenbeweis findet aber wenigstens bis zu dem Actenschlusse in dem Verfahren über den Hauptbeweis noch statt. Nur der directe Gegenbeweis durch Zeugen wird schon durch die Eröffnung des Zeugenrotulus in dem Hauptbeweisverfahren ausgeschlossen, weil später eine Subornation der Gegenbeweiszeugen zu besorgen ist.

Nov. 90. c. 4. §. 1.

c. 26. C. 2. 20.
v. Grolman §. 187.
v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 9.
Gensler, Comment. I. S. 313 flg.
Vergleiche jedoch:
Linde in seiner Zeitschrift Bd. XI. S. 138 flg.

II. Von dem Productionsverfahren.

§. 281.

Das Productionsverfahren im engeren Sinne besteht in der wirklichen Darbringung und Benützung der vorgeschlagenen Beweismittel; im weiteren Sinne aber umfaßt dasselbe alle Handlungen des Richters sowohl, als der Parteien, welche nach der Beweisantretung bis zu dem Schlußverfahren folgen, also namentlich I. die Prüfung der Zulässigkeit des angetretenen Beweises; II. die wirkliche Benützung der vorgeschlagenen Beweismittel, und III. die Eröffnung des Resultates dieser Benützung, wenn sie anders nach der Beschaffenheit des in concreto gebrauchten Beweismittels als nothwendig erscheint. Die näheren Bestimmungen hinsichtlich der zwei letzten Punkte hängen mit der Eigenthümlichkeit der einzelnen Beweismittel zusammen, und werden daher zweckmäßiger bei diesen selbst angegeben. — Die Prüfung des angetretenen Beweises wird aber hauptsächlich durch die Beweiseinreden des Producten veranlaßt, zu deren Abgabe dieser immer berechtigt ist, auch dann, wenn ihn der Richter nicht ausdrücklich dazu aufgefordert haben sollte. Diese Einreden können im Allgemeinen gegen die Zulässigkeit und Glaub-

würdigkeit der vorgeschlagenen Beweismittel, oder gegen die Relevanz des angetretenen Beweises, oder gegen die Form des Verfahrens gerichtet seyn, und veranlassen zuweilen ein eigenes, die wirkliche Benützung der Beweismittel hemmendes Incidentverfahren; worüber aber auch das Nähere besser in der Darstellung des Verfahrens bei einzelnen Beweismitteln selbst seinen Platz finden wird.

Der wirklichen Production wird übrigens die Wirkung beigelegt, daß durch sie die Beweismittel beiden Theilen gemeinschaftlich werden, d. h. daß sie nicht nur von dem Producenten zur Herstellung des von ihm unternommenen, sondern auch von dem Gegner bezüglich des ihm obliegenden oder vorbehaltenen Beweises benützt werden können, wenn sie etwa ein hiefür günstiges Resultat liefern sollten, — obgleich der Gegner selbst diese Beweismittel nicht vorgeschlagen hatte. — Eine Folge dieses Grundsatzes besteht darin, daß, sobald die Wirkung der Gemeinschaft eingetreten ist, der Producent zwar auf die für ihn vortheilhaften Resultate der Beweisführung Verzicht leisten, nicht aber die producirten Beweismittel in der Art fallen lassen kann, daß dadurch auch dem Gegner die Benützung der für diesen günstigen Ergebnisse entzogen würde.

In Ansehung des Urkundenbeweises können zur Unterstützung des Lehrsatzes der Gemeinschaftlichkeit directe gesetzliche Bestimmungen angeführt werden; zwar nicht Nov. 49. c. 2. und Auth. „Ad haec" C. 4. 21, wohl aber c. 19. X. 3. 39. und gewissermaßen auch Fr. 26. §. 2. D. 16. 3. — hinsichtlich des Zeugenbeweises fehlt zwar eine directe gesetzliche Bestätigung. Da jedoch in

D. A. von 1600. §. 28.

verordnet ist, daß dem Producenten die Herausgabe des Zeugenrotulus nicht ohne Zustimmung des Gegners zu bewilligen sey, so muß man annehmen, daß die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auch bei dem Zeugenbeweise mittelbar anerkannt wurde. Auch die Ausdehnung auf Sachverständige und auf den Augenschein ist keinem gegründeten Bedenken unterworfen. — In keinem Falle kann jedoch der Product den angeführten Grundsatz geltend machen zur Herstellung eines Beweises über ein Schutzmittel (eine Einrede, Replik u. dgl.), mit welchem er, weil er es nicht rechtzeitig vorschützte, präcludirt wurde.

Wenn übrigens die von dem Producenten dargebrachten Beweismittel gar kein für den Producten günstiges Resultat liefern, so kann von einem Erfolge der Gemeinschaftlichkeit überhaupt nicht die Rede seyn; und eben daher tritt auch diese Wirkung erst dann ein, wenn die producirten Beweismittel wirklich benützt sind.

Vergl. über das Ganze:

v. Gönner Hdb. II. 39. §. 8.

Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. V. S. 415.

Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VI. S. 400. und im Arch. XXIV. S. 96 flg.

Hesse im Arch. XXIII. S. 1.

Knorr in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. XVII. S. 117 flg.

C. Bolgiano in der Zeitschrift v. Linde. N. F. Bd. XVII. S. 169.

III. Von dem Haupt- oder Schlußverfahren.

§. 282.

Wenn auch das Productionsverfahren im weiteren Sinne geschlossen ist, so kann doch der Richter nicht immer sogleich schon zur Fällung des Endurtheils schreiten, sondern theils die Nothwendigkeit vollständiger Vertheidigung, theils positive Gesetze und Gerichtsgebrauch fordern, daß in der Regel vorher noch die streitenden Theile gehört werden. — Nicht immer werden nämlich 1) die Beweiseinreden schon in dem Productionsverfahren berücksichtigt und erledigt. Wo also das Vorbringen solcher Einreden nicht schon nach der Natur des gebrauchten Beweismittels als unstatthaft erscheint, muß dem Producten noch vor dem Urtheile Gelegenheit gegeben werden, diese Einreden auszuführen und zu beweisen, weil er sonst offenbar in seinem Vertheidigungsrechte verkürzt seyn würde. — Aber auch abgesehen hievon, war es 2) wenigstens bei dem Zeugenbeweise wahrscheinlich schon nach Römischem Rechte (Nov. 90. c. 7), gewiß aber nach canon. (c. 15. X. 2. 20), dem auch die deutschen Reichsgesetze folgten (C. G. O. 1500. XII. §. 6. — C. G. O. 1555. III. 18. — R. A. v. 1570. §. 97. — D. A. v. 1600. §. 135. — J. R. A. §. 56 und 57), den Parteien gestattet, nach vollendetem Zeugenverhöre (seit der Einführung des heimlichen Verhöres nach der Eröffnung des Zeugenrotulus), sich in eigenen Vorträgen (disputationes de attestationibus) über den Werth des geführten Beweises zu verbreiten. — Solche Disputirsätze wurden nach den späteren deutschen Reichsgesetzen *in der Regel* nur zwei zugelassen, und der Product hatte mit der sogenannten *Impugnationsschrift*, worin er den Beweis seines Gegners als

mißlungen, oder als unvollständig geliefert darzustellen suchte, den Anfang zu machen. Hierauf folgte sodann die sogenannte Salvationsschrift von Seite des Producenten, worin dieser die Einwendungen des Producten zu widerlegen und seinen Beweis zu rechtfertigen sich bemühte.

Diese gegenseitigen Deductionen, welche auch die nachträgliche Erörterung der bisher noch unerledigten Beweiseinreden enthalten (Nr. 1), bilden nun das sogenannte Haupt- oder Schlußverfahren, und kommen jetzt nicht mehr bloß bei dem Zeugenbeweise, sondern dem Gerichtsgebrauche zufolge auch bei anderen mehr complicirten Beweisführungen vor.

Von dem Verfahren bei dem Gebrauche der einzelnen Beweismittel insbesondere.

A. Von dem Verfahren bei dem Zeugenbeweise.

Vorläufige Uebersicht.

§. 283.

Die Antretung des Zeugenbeweises geschieht durch die Aufstellung von Beweisartikeln, durch die Benennung der Zeugen (denominatio testium), und durch die Angabe, über welche Artikel jeder einzelne Zeuge vernommen werden soll (directorium). — Findet der Richter keinen wesentlichen Fehler in der Antretung, so wird die Schrift dem Producten zur Abgabe seiner Beweiseinreden, zur Stellung von Fragestücken (inter-

rogatoria), und endlich zur Antretung des Gegenbeweises binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt, und dem Producenten hievon Nachricht gegeben. — Nach dem Vollzuge dieser Handlungen von Seite des Producten wird, — insofern nicht die Beweiseinreden ein eigenes Incidentverfahren veranlassen und dadurch den Fortgang der Sache hemmen, — ein Termin zum Zeugenverhöre selbst festgesetzt, wozu die streitenden Theile (der Product ad videndum et audiendum jurare testes), so wie die Zeugen vorgeladen werden. In diesem Termine werden zuerst die Zeugen dem Gerichte persönlich vorgestellt (productio testium im engsten Sinne), hierauf beeidigt und jeder einzeln vernommen. Nach geschlossener Vernehmung wird der Zeugenrotulus verfertigt, zur Eröffnung desselben ein Termin festgesetzt, und sodann das Schlußverfahren in der Art eingeleitet, daß zuerst dem Producten binnen einer peremtorischen Frist die Impugnations-, nach deren Einlaufe aber dem Producenten die Salvationsschrift abgefordert wird.

Vergl. überhaupt:

Mittermaier im Archiv für civil. Prax. Bd. V. S. 69 u. 177 flg.

Gesterding, Nachforsch. Bd. I. S. 211 flg.

Ueber das Zeugenverhör nach Röm. Rechte s. Spangenberg im Archiv für civil. Prax. Bd. VI. S. 213 flg.

Nähere Erörterung der einzelnen wichtigeren Theile dieses Verfahrens.

1) Beweisartikel.

§. 284.

Die Beweisartikel sind kurze Sätze, in welche sich das thema probandum auflösen läßt, und von denen die bejahenden mit dem Worte „Wahr," die verneinenden mit dem Worte „Nicht wahr" anfangen. Sie sind noch ein Ueberbleibsel des articulirten Verfahrens, und sollen dazu dienen, die Vernehmung der Zeugen zu leiten und zu erleichtern.

Heffter, Inst. S. 358. §. 56.

Für so wesentlich, daß ohne sie die Beweisantretung als ungültig zu betrachten wäre, können übrigens die Artikel nicht erklärt werden. Denn dafür spricht weder ein Gesetz (vergl. J. R. A. §. 34. „da die Parteien wollen"), noch die Natur der Sache. Aber sehr unzweckmäßig würde allerdings zuweilen die Unterlassung derselben seyn, besonders in zwei Fällen, nämlich 1) wenn ein Zeuge nicht über das ganze thema probandum, sondern nur über einen Theil desselben Etwas aussagen kann; und 2) wenn der Beweis auf künstliche Art geführt, d. h. wenn ein Zeuge vorgeschlagen wird, dem nur eine Thatsache bekannt ist, von welcher erst auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit des eigentlichen Beweissatzes geschlossen werden muß.

Die Regeln, welche bei der Abfassung der Beweisartikel beobachtet werden sollen, sind im Wesentlichen folgende:

1) Da ein Zeuge seiner eigenthümlichen Bestimmung zufolge nicht zu urtheilen, sondern nur anzugeben hat,

was er mit seinen Sinnen wahrgenommen, so können nur Thatsachen, nicht auch rechtliche Ansichten oder Schlußfolgerungen in die Beweisartikel aufgenommen werden. Verwerflich sind daher namentlich die s. g. Illativartikel.

2) Daß der Inhalt der Artikel wenigstens mittelbar relevant seyn müsse, folgt schon aus dem Zwecke der Beweisführung.

J. R. A. §. 50.

3) Um zu generelle Antworten zu vermeiden, soll jeder Artikel nicht mehr als ein Factum enthalten.

4) Neue Behauptungen, welche entweder eine Veränderung der Klage, oder eine zu rechter Zeit nicht angebrachte Einrede, Replik, Duplik und dergl. enthalten, dürfen nicht eingemischt werden. Nur insofern ist es erlaubt, bisher noch unberührt gebliebene Thatsachen in die Artikel aufzunehmen, als sie bloß zur Führung eines künstlichen Beweises dienen. — Endlich

5) Alle Artikel zusammengenommen müssen das thema probandum erschöpfen, und jeder soll deutlich und bestimmt abgefaßt seyn.

Ueber den Satz: articulans non fatetur s. Spangenberg in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. V. S. 33. gegen Gensler im Arch. II. S. 295.

Von den Beweiseinreden.

§. 285.

Die Einwendungen des Producten beziehen sich hier vorzugsweise entweder auf die Beschaffenheit oder auf den

Inhalt der Artikel, oder auf die persönliche Fähigkeit oder Glaubwürdigkeit der vorgeschlagenen Zeugen. Die Einwendungen der ersten Art können unbedenklich bis zu dem Schlußverfahren (in die Impugnationsschrift) verschoben werden, und es ist nicht einmal nothwendig, sich die Nachholung derselben jetzt wenigstens vorzubehalten. Hinsichtlich der Einreden der zweiten Art (except. coā personas testium) kommt es aber darauf an, ob der Product zur Anbringung derselben binnen eines bestimmten Zeitraumes peremtorisch aufgefordert war, oder nicht. In dem ersten Falle müssen sie noch vor dem Ablaufe der anberaumten Frist bei Vermeidung des Ausschlusses vorgebracht werden. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur in Ansehung solcher Einreden ein, welche sich erst später hervorgethan haben. — In dem zweiten Falle hingegen sind die except. coā personas testium bis zur Publication der Zeugenaussagen zulässig, und selbst später noch, wenn der Product entweder 1) durch ein jusjur. malitiae bekräftigt, daß es nicht zur Chicane geschehe; oder, wenn er sich 2) das Vorbringen solcher Einreden schon vor der Publication der Aussagen allgemein vorbehalten hatte.

c. 31. X. 2. 20.

Völcker in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. XIV. S. 33 flg.

Bringt übrigens der Product seine Beweiseinreden schon vor der Vernehmung der Zeugen vor, so ist der Erfolg je nach dem Inhalte und der Liquidität der Einreden verschieden. — Sucht nämlich 1) der Product die Zeugen nur als verdächtig (im engeren Sinne) darzustellen, so wird dadurch die Vernehmung derselben nie aufgehalten, die Einrede mag liquid seyn oder nicht, weil verdächtige Zeugen doch wenigstens einigen Beweis liefern können, und folglich auf jeden Fall vernommen werden müssen. Die

etwa noch nothwendige Ausführung solcher Einreden wird nach Nov. 90. c. 7. in das Schlußverfahren verwiesen. — Sucht dagegen

2) der Product einen Zeugen als gänzlich unzulässig darzustellen, so soll zwar nach c. 7. X. 2. 20. darüber ein Incidentverfahren eingeleitet, und von dem Richter über die Einrede erkannt werden. Allein in der Praxis wird gewöhnlich darauf gesehen, ob die Einwendung jetzt schon vollkommen liquid ist, oder nicht. In dem ersten Falle wird der unfähige Zeuge sogleich verworfen, in Ansehung der übrigen aber das Verfahren fortgesetzt. In dem zweiten Falle aber läßt man sich durch solche Einwendungen in dem weiteren Verfahren nicht hindern, sondern auch der angefochtene Zeuge wird vernommen, und dem Producten die Ausführung seiner Einrede in dem Schlußverfahren vorbehalten.

Boehmer, J. E. P. II. 20. §. 12.

Insofern mit dieser eventuellen Vernehmung eines angeblich unglaubwürdigen Zeugen keine Gefahr eines Meineids verbunden ist, erscheint dieselbe allerdings als zweckmäßig. — Auf dieselbe Weise verfährt man übrigens auch dann, wenn die Beweiseinreden gegen die Relevanz der Artikel gerichtet sind. Offenbar unerhebliche Artikel werden sogleich verworfen; in Ansehung solcher, deren Relevanz nur zweifelhaft erscheint, wird das Weitere dem Schlußverfahren vorbehalten.

Von den Fragestücken.

§. 286.

So lange das gerichtliche Verfahren öffentlich war, und die Zeugen in Gegenwart der streitenden Theile vernommen wurden, hatte jede Partei das Recht, Erläuterungsfragen an dieselben zu stellen. So war es nach Röm. Rechte auch noch unter Justinian,

Spangenberg im Arch. VI. S. 213 flg.

nach altgermanischem und dem älteren canon. Rechte.

Maurer, Gesch. des altgerm. Ger. §. 23. 71. 139.

Mittermaier, Arch. V. S. 75.

Als aber in der Folge, — zuerst bei den geistlichen, dann auch bei weltlichen Gerichten die heimliche Zeugenvernehmung an die Stelle der öffentlichen trat, und die Parteien nicht mehr dabei zugegen seyn durften, suchte man den bisherigen Einfluß und die Mitwirkung derselben bei diesem Acte dadurch zu ersetzen, daß man dem Beweisführer gestattete, schriftliche Artikel, seinem Gegner aber schriftliche Erläuterungsfragen zu überreichen, welche den Zeugen bei dem Verhöre zur Beantwortung vorgelegt wurden. Die s. g. Interrogatorien oder Fragstücke im Zeugenbeweisverfahren sind demnach ein Surrogat der persönlichen Anwesenheit und Mitwirkung des Producten bei der Zeugenvernehmung.

c. 2. in 6to 2. 10.

Mittermaier a. a. O. S. 189.

Da nun durch die Gegenwart des Producten die Gültigkeit dieser Handlung bedingt war,

Nov. 90. c. 9.

c. 2. u. 41. X. 2. 20.

so ist auch die Zulassung der Fragestücke als wesentlich nothwendig zu betrachten, und die Nichtbeachtung vorgelegter Interrogatorien würde einen hinreichenden Grund zur Anfechtung der Gültigkeit des Zeugenverhörs darbieten.

Linde in den Jahrb. von Frhrn. v. Zu-Rhein I. S. 25 flg.

Der Product kann jedoch darauf Verzicht leisten, weil sie nur zu seinem Vortheile eingeführt sind, und das Zeugenverhör wird deßhalb nicht verschoben, weil er etwa vor dem hiezu festgesetzten Termine die Interrogatorien nicht überreicht hat.

Man unterscheidet übrigens allgemeine und besondere Fragestücke. Jene beziehen sich auf die persönlichen Verhältnisse des Zeugen, und sollen Materialien zur Beurtheilung seiner Glaubwürdigkeit liefern. Diese reihen sich an die einzelnen Artikel an, und haben theils den Zweck, zu erforschen, woher der Zeuge über die in dem Artikel enthaltene Thatsache etwas wisse, theils sollen sie zur Erläuterung unbestimmter und zweifelhaft gestellter Artikel dienen. — Die allgemeinen Fragestücke sind in den meisten deutschen Ländern schon ein für allemal gesetzlich vorgeschrieben und brauchen daher von dem Producten nicht mehr besonders gestellt zu werden.

Bei der Abfassung der Interrogatorien sind besonders folgende Regeln zu beobachten:

1) Sollen sie nie auf einen solchen Satz gerichtet werden, welcher zu dem directen oder indirecten Gegenbeweise gehört, weil sonst der Producent des Vortheils verlustig würde, selbst wieder Interrogatorien stellen zu können.

Schmid, Hdb. II. S. 259. not. 21.

2) Die Interrogatorien sollen auf nichts gerichtet werden, wobei der Zeuge zu seiner eigenen Schande Etwas gestehen müßte.

J. R. A. §. 53.

3) Sollen sie auch nicht bloße Erinnerungen an die Folgen des Meineides enthalten.

Was

4) die äußere Form betrifft, so fangen sie nicht, wie der Artikel, mit den Worten „Wahr" oder „Nicht wahr" an, sondern werden in die indirecte Frageform eingekleidet.

Die Mittheilung der von dem Producten überreichten Fragestücke an den Producenten vor dem Verhöre ist nicht üblich, und zwar aus dem Grunde, damit der Producent seine Zeugen nicht vorher davon unterrichten kann.

Anderer Meinung ist:

Grolman, Theorie §. 192.

Heffter, Syst. S. 466

Uebrigens versteht sich von selbst, daß der Richter, — es mögen nun Interrogatorien von dem Producten überreicht worden seyn oder nicht, — die Befugniß, ja selbst die Verbindlichkeit hat, zur Aufklärung und Erläuterung der Sache von Amtswegen geeignete Fragen an die Zeugen zu stellen.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 214.

Schmid a. a. O. S. 261.

Von dem Productions- und Vernehmungstermine selbst.

§. 287.

In dem Vernehmungstermine selbst kommen folgende Handlungen vor:

I. die wirkliche Production, d. h. die persönliche Darstellung der erschienenen Zeugen von Seite des Producenten.

Eine fingirte Production auch der nichterschienenen Zeugen, gleich als wären sie gegenwärtig, zu fordern, ist offenbar zwecklos. Nur ein Gesuch um wiederholte Ladung derselben ist hier zu rechtfertigen.

c. 1. 2. X. 2. 21.

Nach geschehener Production folgt

II. die Beeidigung, welche in Gegenwart beider Parteien und mit sämmtlichen Zeugen auf einmal vorgenommen wird, insofern nicht Einige nach einer besonderen Form beeidigt werden müssen. Ueber die gewöhnliche Eidesformel s.

c. 2. X. 2. 20. C. G. O. 1555. p. I. tit. 77.

III. Nach der Beeidigung schreitet das Gericht zu dem Verhöre selbst. Dieses geschieht jedoch nicht mehr wie nach Röm. und altgerm. Rechte

c. 18. C. 4. 21.

Nov. 90. c. 9.

(Nicht entgegen ist c. 14. C. 4. 20.

Mittermaier im Arch. V. S. 69. flg.)

in Gegenwart beider Parteien; sondern um die Freiheit und Unbefangenheit der Zeugen bei ihren Aussagen zu sichern, müssen jene einem sehr alten Gerichtsgebrauche zufolge abtreten, sobald die Vernehmung selbst beginnt.

Durandi spec. part. I. part. IV.

Vergl. J. R. A. §. 54.

Indessen können die streitenden Theile zur Controle des Richters die Beiziehung eines Notars verlangen.

R. A. v. 1600. §. 129. 130.

Claproth ord. Proc. II. §. 250.

Das Verhör geschieht mit jedem Zeugen allein,

c. 52. X. 2. 20.

c. 2 in 6to 2. 10.

und zwar zuerst über die allgemeinen Fragestücke, sodann über die einzelnen Beweisartikel nach der Anleitung des Directoriums; und bei jedem Artikel sogleich über die dazu gehörigen besonderen Fragestücke. — Die Antworten der Zeugen sind mit möglichster Treue, und wo es darauf ankommt, selbst mit Beibehaltung der von ihnen gebrauchten Ausdrücke niederzuschreiben.

J. R. A. §. 22.

Nach beendigtem Verhöre wird jedem Zeugen seine Aussage vorgelesen, und demselben vor seiner Entlassung Stillschweigen aufgelegt.

Uebrigens ist in Ansehung des Productionstermines noch Folgendes zu bemerken:

1) Von dem Inhalte der Artikel darf der Richter im Wesentlichen nicht abweichen. Insbesondere ist es nicht zulässig, Fragen über neue, selbständige Thatsachen an die Zeugen zu stellen, welche in den Artikeln gar nicht berührt sind. Wenn es jedoch darum zu thun ist, eine undeutliche Antwort aufzuklären, oder einen scheinbaren Widerspruch in der Aussage zu entfernen, so ist es dem Richter allerdings erlaubt, zur Erreichung dieses Zweckes selbst angemessene Fragen an die Zeugen zu richten. c. 53. X. 2. 20. — Auch die von dem Producten vorgelegten, zulässigen Fragestücke dürfen nicht unbeachtet bleiben. Eine Ergänzung derselben ist aber nicht bloß zu dem obenangegebenen

Zwecke näherer Erläuterung, sondern auch zur Ermittlung der Glaubwürdigkeit, oder des Grundes der Wissenschaft des Zeugen zulässig. — Sollten die Zeugen ohne Aufstellung von Artikeln über den Beweissatz im Allgemeinen vorgeschlagen worden seyn, so hat der Richter jeden Zeugen über die in jenem Satze enthaltenen einzelnen Thatsachen zu vernehmen.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 215.

Heffter, Syst. S. 466.

A. M. Mittermaier im Arch. V. S. 184 flg.

2) Was ein Zeuge aus freien Stücken angibt, ohne ausdrücklich darüber befragt worden zu seyn, muß, insofern die Angabe eine nähere Erläuterung seiner Hauptantwort enthält, oder sich auf den Grund seiner Wissenschaft bezieht, oder von dem Gegner des Producenten nach dem Grundsatze der Gemeinschaft der Beweismittel für sich benützt werden könnte, zu Protokoll genommen werden.

3) Der Zeuge muß auf die ihm vorgelegten Fragen in der Regel sogleich antworten. Eine Bedenkzeit kann ihm hiezu nur aus besonderen Gründen, und unter gewissen Vorsichtsmaßregeln eingeräumt werden.

Schneider, Lehre vom Beweise §. 533.

4) Wenn ein Zeuge während des Verhörs oder sogleich nach der Verlesung des Protokolls eine gemachte Aussage berichtigt, so ist dieß im Protokolle ausdrücklich zu bemerken.

Vergl. c. 7. X. 2. 21.

5) Sollte das persönliche Benehmen des Zeugen bei dem Richter den Verdacht einer absichtlichen Zurückhaltung oder Entstellung der Wahrheit erregen, so ist auch hierüber nach der Entfernung des Zeugen das Geeignete in dem Vernehmungsprotokolle anzuführen.

Vgl. Fr. 1. pr. Fr. 2. D. 22. 5.

c. 13 u. 14. C. 4. 20.
c. 3. X. 2. 12.
c. 7. X. 2. 21.
C. C. C. art. 71.

6) Der Ungehorsam des Producten rücksichtlich des Erscheinens in dem Productionstermine hält die Vernehmung der Zeugen nicht auf, und er selbst verliert nur die Gelegenheit, sich von der Beeidigung der Zeugen persönlich zu überzeugen. Das Ausbleiben des peremtorisch ad produc. geladenen Beweisführers aber hat nach der Praxis den Verlust der Zeugen zur Folge. Bleiben beide aus, so ist der Termin circumducirt.

Von dem s. g. Zeugenrotulus.

§. 288.

Der Zeugenrotulus ist eine öffentliche Urkunde, worin nach der Vernehmung sämmtlicher Zeugen das dabei beobachtete Verfahren beschrieben, und alles dasjenige, was verschiedene Zeugen über den nämlichen Artikel, oder über dasselbe Fragestück ausgesagt haben, aus den einzelnen Vernehmungsprotokollen extrahirt und zusammengestellt wird.

Vergl. c. 41. X. 2. 20. J. R. A. §. 53.

Eine genaue Anleitung zur Verfertigung dieser Urkunde, welche übrigens, weil sie doch nur zur Erleichterung der Uebersicht dienen soll, und im Falle einer Abweichung von den Verhörsprotokollen diesen letzteren, als der Quelle, nachsteht, nicht für wesentlich nothwendig zu halten ist, gibt

Claproth, ord. Proc. II. §. 286.

Zur Publication des Zeugenrotulus (welcher bis dahin mit den Vernehmungsprotokollen versiegelt zu den Acten zu legen ist) wird von dem Gerichte ein eigener Termin angesetzt und der Producent sowohl, als der Product hiezu vorgeladen. — An diese Publication ist übrigens die wichtige Folge geknüpft, daß nach derselben selbst dann, wenn aus Versehen keine peremtorische Beweisfrist bestimmt worden, und folglich aus diesem Grunde noch der Versuch eines besseren Beweises zulässig wäre, doch über diejenigen Punkte, worüber bereits Zeugen vernommen worden sind, — keine neuen Zeugen mehr vorgeschlagen werden dürfen, weder von dem Producenten, noch von dem Producten, weil eine Subornation der Zeugen zu besorgen wäre.

Nov. 90. c. 4. §. 1.
c. 17. 29. 35. 36. 38. X. 2. 20.
Cl. 2. 2. 8.
Vgl. jedoch: Linde in s. Zeitschr. Bd. XI. S. 139 flg.

Zur Ergänzung eines unvollständig, oder nachlässig gepflogenen Verhörs findet aber allerdings auf Antrag der Parteien eine nochmalige Vernehmung derselben Zeugen statt.

c. 48 u. 53. X. 2. 20.
s. auch c. 15. X. 2. 19.

Eben so ist auch jene Beschränkung auf den Fall nicht anwendbar, wenn über neue, jetzt noch zulässige Behauptungen ein Zeugenbeweis zu führen ist.

C. 19. 25. 35. 36. 42. 46. 50. X. eod.

Bei der Mittheilung der Abschrift des Zeugenrotulus wird zugleich das Schlußverfahren eingeleitet, also zuerst dem Producten zur Abgabe seiner Impugnationsschrift eine peremtorische Frist ertheilt, und nach deren Einlaufe dem

Producenten die Salvationsschrift ebenfalls binnen einer peremtorischen Frist abgefordert.

B. Von dem Verfahren bei dem Urkundenbeweise.

Antretung.

§. 289.

Die Antretung des Urkundenbeweises geschieht durch einen schriftlichen Vortrag des Producenten, vermittelst dessen er unter Anführung des zu beweisenden Satzes, oder auch wohl nur mit kurzer Beziehung auf denselben, die Urkunde übergibt, deren er sich zum Beweise bedienen will. — Das Original braucht jetzt noch nicht vorgelegt zu werden, — (dazu ist es noch Zeit im Productionstermine) — sondern es genügt auch eine bloße Abschrift.

Vergl. darüber Schmid Hdb. II. S. 291. not. 4.

Ja selbst die Ueberreichung einer Abschrift ist dann überflüssig, wenn sich das Document ohnehin schon bei diesen Acten befindet, indem in diesem Falle eine Beziehung darauf schon hinreicht. — Die Aufstellung von Beweisartikeln ist der Natur dieses Beweismittels durchaus nicht angemessen, und läßt sich selbst in dem Falle kaum rechtfertigen, wenn über einige Glieder des Beweissatzes der Beweis durch andere Mittel, z. B. durch Zeugen angetreten wird. Gleichwohl ist die Form des Articulirens auch hier in Uebung.

Martin Lehrb. §. 209 a. E.

Bei sehr weitläufigen Urkunden genügt es, vorläufig nur Extracte zu überreichen, worin die betreffenden Stellen

enthalten sind. Documenten, die in fremder Sprache abgefaßt sind, ist zugleich eine Uebersetzung beizufügen. Das Gesuch des Producenten geht auf diejenige richterliche Verfügung, welche der Beschaffenheit der Urkunde entspricht.

Decret auf die Antretung.

§. 290.

Wenn nicht die ganze Antretung als offenbar unzulässig oder unerheblich erscheint, so wird von dem Richter ein Productionstermin festgesetzt, und der Beweisführer zur Vorlage der Originalien, der Product aber zur Abgabe seiner Erklärung über die Aechtheit oder Unächtheit der Urkunde vorgeladen. Bei Privaturkunden wird der Product „*ad recognoscendum vel diffitendum*," bei öffentlichen aber nur „*ad agnoscendum*" (auch wohl „ad inspiciendum") aufgefordert. Denn öffentliche Urkunden bedürfen wegen der für ihre Aechtheit sprechenden Rechtsvermuthung keiner ausdrücklichen Recognition mehr, wie Privaturkunden; nur zur Einsicht müssen sie dem Producten vorgelegt werden, weil ihm gegen jene Rechtsvermuthung der Beweis der Verfälschung offen steht, welchen er, ohne das angebliche Original gesehen zu haben, nicht wohl antreten könnte. — Die Versäumung des Productionstermines hat für beide Theile nachtheilige Folgen. Der ungehorsame Producent verliert nämlich das Recht, die vorzulegenden Urkunden in diesem Processe noch zu gebrauchen, — wenn nicht etwa die Originalien schon früher zu diesen Acten gebracht worden sind; — den Producten trifft aber die

poena recogniti, resp. agniti, d. h. er kann nun gegen die Aechtheit der Urkunden weiter keine Einwendung mehr machen. — Die wirkliche Anwendung dieser Strafen setzt aber peremtorische Ladung und Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des gehorsamen Theiles voraus.

Verhandlungen im Productionstermine selbst.

§. 291.

Wenn beide Theile in diesem Termine erscheinen, so wird zuerst der Producent aufgefordert, das Original der Urkunde vorzulegen. — Das weitere Verfahren nach geschehener Production hängt von dem Benehmen des Producten ab. — Bringt dieser

I. nur Beweiseinreden vor, und verweigert, auf diese Einreden sich stützend, die Erklärung über die Aechtheit der Urkunde gänzlich, so kommt es zunächst darauf an, ob durch die vorgebrachten Einreden die Beweiskraft der Urkunde völlig aufgehoben, oder auf jeden Fall nur geschwächt werden könnte. In dem letzten Falle wird jetzt noch keine Rücksicht darauf genommen; — der Product wird ungeachtet seiner Einreden angehalten, sich über die Aechtheit zu erklären, und die Exceptionen werden in das Schlußverfahren verwiesen. In dem ersten Falle aber ist zu unterscheiden, ob die Einreden jetzt schon vollkommen liquid sind, oder nicht. Sind sie liquid, so wäre ein weiteres Verfahren über die Aechtheit offenbar überflüssig. Kann daher der Producent der Einrede nichts entgegensetzen, wodurch sie entkräftet, oder wenigstens die Liquidität derselben wieder getrübt würde, so ist die Urkunde sogleich zu verwerfen,

und dabei ist es möglich, daß demnächst auch das Erkenntniß in der Hauptsache selbst schon erfolgt. — Illiquide Einreden werden aber in das Schlußverfahren verwiesen, und der Product muß sich ungeachtet derselben jetzt wenigstens in eventum über die Aechtheit erklären.

II. Widerspricht der Product die Aechtheit der Urkunde, so ist zu unterscheiden, ob diese ein docum. publicum oder privatum ist.

In dem ersten Falle ist der bloße Widerspruch ohne Wirkung, weil öffentliche Urkunden, wenn sie anders in legaler Form ausgestellt sind, die Rechtsvermuthung der Aechtheit für sich haben, — Rechtsvermuthungen aber nie durch einen bloßen Widerspruch, sondern nur durch den Beweis des Gegentheils entkräftet werden können. Will demnach der Product seiner abläugnenden Erklärung einen Erfolg verschaffen, so muß er sich zum Beweise der Verfälschung bereit erklären, und zur Antretung dieses Incidentbeweises soll ihm eine peremtorische Frist gesetzt werden.

Bei Privaturkunden kommt es aber im Falle der Diffession darauf an, ob es der Producent zum Diffessions-Eide kommen lassen will oder nicht. In dem ersten Falle kann der Product angehalten werden, den Eid sogleich jetzt schon, im Productionstermine zu leisten. Nur dann, wenn die Urkunde von einem Dritten ausgestellt worden wäre, müßte dem Producten auf Verlangen eine Frist gegeben werden, um sich genauer zu unterrichten. Will aber der Producent den Diffessionseid durch einen Aechtheitsbeweis ablehnen, z. B. durch comparatio literarum, so wird zu diesem Zweck ein eigenes, der Natur der gewählten Beweismittel entsprechendes Incidentverfahren eingeleitet.

III. Im Falle einer unbedingten Anerkennung der Aechtheit der Urkunde von Seite des Producten wird die Productionshandlung geschlossen und das Hauptverfahren

auf dieselbe Art, wie bei dem Zeugenbeweise, eingeleitet. Ein Rotulus kommt jedoch hier nicht vor.

Bemerkungen.

1) Wenn der Product gegen eine öffentliche Urkunde den Verfälschungsbeweis unternimmt, oder der Producent zur Abwendung des Diffessionseides bei Privaturkunden den Aechtheitsbeweis durch comparatio literarum oder dgl. antritt, so ruht die Hauptsache so lange, bis diese präjudiciellen Beweise geführt sind. Ein eigenes Zwischenurtheil über diese Incidentpunkte pflegt jedoch nicht erlassen zu werden, sondern das Erkenntniß über den Erfolg dieser Incidentbeweise wird gewöhnlich mit dem künftigen Urtheile in der Hauptsache selbst verbunden, nachdem vorher die streitenden Theile mit den Impugnations- und Salvationsvorträgen gehört worden sind, in welchen sie sich auch über die Resultate des versuchten Aechtheits- oder Verfälschungsbeweises verbreiten können.

2) Da man bei dem Urkundenbeweise nicht, wie bei dem Zeugenbeweise erst einen besondern Act vornehmen muß, um zu erfahren, ob und was die Urkunde, — ihre Aechtheit vorausgesetzt, — zur Bewahrheitung des zu beweisenden Satzes beitragen könne, sondern da hier Dasjenige, was bei den Zeugen die Aussage ist, schon durch die Antretung bekannt wird, — so geschieht es nicht selten, daß der Beweisführer sogleich mit der Antretung auch schon die Ausführung seines Beweises verbindet, und daß der Product vor oder in dem Productionstermine außer der Erklärung über die Aechtheit der Urkunde auch die Einwendungen gegen den Inhalt derselben vorbringt, so daß gewissermaßen Salvation und Impugnation anticipirt werden. Aber auch im Falle einer solchen Anticipation wird doch noch oft ein Schlußverfahren gestattet, wenn nicht die

Einfachheit und Klarheit der Sache dasselbe als offenbar zwecklos darstellt.

3) Ueber den Satz: „documenta productione fiunt communia" s. oben S. 933, und Heise und Cropp, jurist. Abh. Bd. I. S. 113 flg.

Außer der bereits S. 934 angeführten Literatur über die Gemeinschaft der Beweismittel im Allgemeinen ist noch hierüber zu vergleichen:

Wetzell Syst. S. 158, und besond.

Bolgiano in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XVII. S. 169 flg.

Anhang.

I. Von der Verbindlichkeit zur Urkunden-Edition.

§. 292.

Wenn sich die Urkunde, deren sich eine Partei zur Herstellung des Beweises in einem Rechtsstreite bedienen will, in fremden Händen befindet, und der Besitzer die Herausgabe derselben verweigert, so entsteht die Frage, ob und inwiefern die Edition der Urkunde durch gerichtliche Hülfe bewirkt werden könne? — Hinsichtlich dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen dem Falle, in welchem ein Dritter, und dem, in welchem der Proceßgegner die Urkunde besitzt.

A. Für den ersten Fall hat zwar Justinian unter Berufung auf die Analogie der allgemeinen Verpflichtung zur Leistung eines Zeugnisses verordnet, daß jeder Dritte auch schuldig seyn soll, einem streitenden Theile auf Verlangen die in seinen Händen befindlichen Urkunden mitzutheilen,

welche diesem zur Herstellung des ihm obliegenden Beweises dienen können; ausgenommen, der Dritte könnte eidlich bekräftigen, daß die Vorlage der Urkunden ihm selbst einen Nachtheil bringen würde; — oder der Dritte befände sich in einer Lage, in welcher er auch die Leistung eines Zeugnisses ablehnen dürfte. Da jedoch die c. 22. C. 4. 21, welche diese Vorschrift enthält, nicht glossirt ist, und ein gemeinrechtlicher Gerichtsgebrauch für die allgemeine Verpflichtung zur Urkunden-Edition nicht nachgewiesen werden kann, so läßt sich die Annahme einer solchen allgemeinen Verbindlichkeit nicht rechtfertigen, um so weniger als ein Zwang zur Edition von Urkunden mit lästigeren Folgen für den Gezwungenen verbunden seyn kann, als die Verpflichtung zur Leistung eines mündlichen Zeugnisses.

Grolman, Magazin Bd. I. nro. VII. und Bd. II. nro. III.

Mart. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Heidelb. 1835. S. 43 flg.

Glück, Comm. XXII. S. 112.

Wetzell, Syst. I. S. 156. not. 102.

Anderer Meinung sind jedoch:

Danz, Grds. §. 316 b.

Schmid, Hdb. II. S. 283 not. 20.

Wenn aber auch eine allgemeine Pflicht zur Urkunden-Edition nicht besteht, so ist es doch keinem Zweifel unterworfen, daß in denjenigen Fällen, in welchen ein Dritter aus einem speciellen Rechtsgrunde auf Herausgabe oder Zurückgabe einer anderen Sache belangt werden könnte, auch eine Klage auf Restitution oder Edition einer Urkunde gegen ihn stattfindet. — Ist daher

1) ein streitender Theil Eigenthümer,

Fr. 3. §. 14. D. 10. 4.

Fr. 3. D. 29. 3.

Fr. 3. §. 5. D. 43. 5.

oder 2) Miteigenthümer einer Urkunde, welche ein Dritter besitzt,

Fr. 5. D. 10. 2.

oder steht er 3) in einem besonderen Obligationsverhältnisse zu dem Dritten, in Folge dessen ihm dieser zur Zurückgabe oder Herausgabe einer Urkunde verpflichtet ist, z. B. als Mandatar, socius, tutor u. dergl.

Fr. 9. pr. D. 2. 13.

Fr. 8. pr. D. 17. 1.

Fr. 1. §. 3. D. 27. 3.

Fr. 48 u. 52. D. 1. 19.

c. 2. C. 4. 9.

so kann er im Falle der außergerichtlichen Verweigerung auf gerichtlichem Wege die Herausgabe verlangen.

Die Klage, deren er sich zu diesem Zwecke bedienen kann, richtet sich nach der jedesmaligen Beschaffenheit des speciellen Grundes, auf welchem sein Anspruch beruht, und kann daher bald eine dingliche, bald eine persönliche seyn.

S. die unter 1—3 citirten Stellen.

Außerdem kann aber 4) eine Partei von einem Dritten die Edition einer Urkunde auch dann fordern, wenn in dem gegebenen Falle die Voraussetzungen der actio ad exhibendum vorhanden sind; — also, — wenn sie einen Grund anzuführen und zu bescheinigen vermag, wegen dessen ihr daran gelegen ist (ejus interest), daß ihr die Urkunde exhibirt werde.

Fr. 3. §. 9. D. 10. 4.

Vergl. Fr. 3. §. 14. D. eod.

Der angeführte Grund muß jedoch causa justa et probabilis seyn, und ob sie dieses sey oder nicht, hat der Richter zu beurtheilen.

Fr. 3. §. 9 u. 11. D. 10. 4.
c. 1. C. 2. 1.

Ein bloß persönliches Interesse ohne rechtliche Beziehung, z. B. bloße Neugierde, reicht dazu in keinem Falle hin.

Fr. 19. D. 10. 4.

Einzelne Beispiele zulässiger und beachtungswerther Gründe finden wir in folgenden Bestimmungen des Röm. Rechts:

a) Im prätorischen Edicte war verordnet, daß Testamentserben, Legatare und Fideicommissare, überhaupt Alle, qui quid in testamento adscriptum habent, von Demjenigen, in dessen Händen sich das Testament, oder eine andere auf den Nachlaß sich beziehende Urkunde des Erblassers, z. B. ein Codicill befinden würde, die Exhibition dieser Urkunden zu verlangen berechtigt seyn sollen; und das Edict gewährte zu diesem Zwecke ein eigenes Rechtsmittel, nämlich das interdictum de tabulis exhibendis. — Diese Verordnung ist auch in die Justinianische Sammlung übergegangen.

Pand. lib. XLIII. Tit. V., insbesondere Fr. 1. pr. u. Fr. 3. §. 10. h. t.

Vgl. Fr. 3. §. 8. D. 10. 4.
c. 24. C. 6. 42.

b) In einer Constitution von Kaiser Alexander Sev. ist bestimmt, daß der Besitzer solcher Urkunden, welche für ihn und einen Anderen *„instrumenta communia“* seyen, dem Herkommen gemäß diesem Anderen die „facultas describendi“ zu gewähren habe;

c. 7. C. 2. 1.

und diese Bestimmung hat später auch das canon. Recht wiederholt.

c. 12. X. 2. 22.

Was unter instrumentis communibus zu verstehen sey, ist aber weder hier, noch dort näher erklärt, und aus diesem Grunde bestehen auch über den Begriff solcher Urkunden sehr verschiedene Ansichten, indem Einige darunter Urkunden verstehen, welche sich in dem Miteigenthume des Besitzers und Desjenigen befinden, der auf ihre Edition anträgt;

M. Mittermaier a. a. O. S. 26.

Andere aber als gemeinschaftliche Urkunden diejenigen bezeichnen, welche über ein zwischen Mehreren gemeinschaftliches Rechtsverhältniß oder über ein gegenseitig gemeinschaftliches errichtet wurden.

v. Blattner, über die Edition gemeinsch. Urkunden. Würzburg 1827. §. 18.

Seuffert, Lehrb. des Pand.-R. §. 434.

Vergl. noch:

Martens, de instrum. commun. ejusque edit. Goett. 1773.

Glück, Comm. XXII. §. 1171. 2 b.

Linde, Lehrb. §. 279. not. 2.

Derselbe in s. Zeitschr. Bd. I. S. 220 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 280. not. 3.

Da sich bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung der Begriff mit Sicherheit nicht feststellen läßt, so wird auch in solchen Fällen, in welchen Jemand die Edition einer Urkunde als einer gemeinschaftlichen in Anspruch nimmt, die Rücksicht des Richters auf das rechtliche Interesse des Imploranten den Ausschlag geben müssen. — Pflichtet man übrigens der Ansicht bei, daß nur im Miteigenthume befindliche Urkunden instrumenta communia seyen, so ist die Editionspflicht schon durch den speciellen Titel des Miteigenthums begründet.

S. oben Nr. 2.

c) Außerdem ist noch von einer Editionsverbindlichkeit die Rede in Beziehung auf instrumenta „ad jus implorantis pertinentia“;

c. 4 u. 6. C. 3. 42.

worunter wegen der Worterklärung von „pertinere“ in

Fr. 181. D. 50. 16, dann

Fr. 6. §. 5. D. 2. 13.

keineswegs bloß solche Urkunden verstanden werden dürfen, welche dem Imploranten eigenthümlich angehören, sondern auch solche, welche aus Auftrag oder im Interesse des Imploranten zum Beweise eines ihm zustehenden Rechtes errichtet worden sind.

Vergl. Fr. 4. §. 1. Fr. 6. §. 5. Fr. 9. §. 4. D. 2. 13.

Mit Rücksicht hierauf, aber freilich auch mit Rücksicht auf die öffentliche Stellung (propter publicam officii atque ministerii causam)

Fr. 10. §. 1. D. 2. 13.

waren nach Römischem Rechte auch die argentarii (und nummularii Fr. 9. §. 2. D. eod.) verpflichtet, Jedem, mit dem sie in Rechnung standen, auf Verlangen die ihn betreffenden rationes zu ediren;

Fr. 4. pr. §. 1. — Fr. 6. §. 4. — Fr. 9. §. 3. D. 2. 13.

Ueber den Begriff von ratio s. Fr. 6. §. 3. D. eod.

Kraut, de argentariis et nummul. Goett. 1826.

Wetzell, Syst. I. S. 139 flg.

und zwar ohne Unterschied, ob Der, welcher die Edition verlangte, die rationes in einem Rechtsstreite gegen den edirenden argentarius selbst, oder gegen einen Anderen benützen wollte.

Fr. 10. pr. D. 2. 13.

Fr. 27. §. 1. D. 47. 2.

Nur mußte der Implorant auf Verlangen schwören, „se non calumniae causa postulare."

Fr. 6. §. 2. Fr. 9. §. 3. D. 2. 13.

Ueber die Frage, ob und inwiefern diese Bestimmung des Röm. Rechts auch jetzt noch wenigstens analoge Anwendung finden könne, sind zwar die Meinungen getheilt. Dem vorherrschenden Gerichtsgebrauche zufolge wird aber die Editionspflicht der Röm. argentarii heutzutage nicht bloß bei den für den öffentlichen Verkehr angestellten und zur Führung genauer Bücher verpflichteten Personen, sondern auch bei Kaufleuten bezüglich der Handelsbücher anerkannt.

Ueber den Beweis durch Handelsbücher. Leipz. 1830. §. 12.

Heffter, Syst. S. 308. not. 228.

Wetzell, Syst. S. 139—142 u. S. 156.

Anderer Meinung ist jedoch:

M. Mittermaier a. a. O. S. 41 flg.

Das unter lit. c. angeführte und in Bezug auf argentarii in Fr. 4. §. 1. D. 2. 13. bemerkte Motiv liegt auch der Vorschrift der Notariatsordnung von 1512 I. §. 23 zu Grunde, daß die Notarien verpflichtet seyn sollten, von den unter ihrer Autorität aufgenommenen Urkunden jederzeit den betreffenden Parteien auf Verlangen ein Exemplar auszufertigen.

Endlich ist der Richter, bei welchem eine Sache verhandelt wird, gesetzlich angewiesen, die acta publica, sowohl Criminal- als Civilacten, zur Einsicht vorlegen zu lassen, um aus denselben die Wahrheit zu erforschen.

c. 2. C. 2. 1.

c. 11. X. 2. 19.

Nur sollen überhaupt weder Urkunden noch Acten gegen den Fiscus edirt werden (in so fern nicht der

Implorant einen speciellen Rechtstitel auf die Edition hat s. oben von Nr. 1—3),

Fr. 45. §. 5. D. 49. 14.

und wenn der Fiscus selbst Urkunden zu ediren hat, so soll dieses immer unter der durch Cautionsleistung zu sichernden Bedingung geschehen, daß der Empfänger dieselben nicht gegen den Fiscus gebrauchen werde.

Fr. 45. §. 6. D. 49. 14.

Die Befugniß von Privaten, die Einsicht der Gerichtsacten zu verlangen (von welcher übrigens die c. 2. C. 2. 1. zunächst gar nicht handelt), ist heutzutage gewöhnlich durch Landesgesetze und Verordnungen auf verschiedene Art beschränkt.

M. Mittermaier a. a. O. S. 37.

Besonders v. Arnold, prakt. Erörterungen aus dem Rechtsgebiete. Erlangen 1844. Heft I. S. 1—90; vorzügl. §. 12—20.

Fortsetzung.

§. 293.

B. Hinsichtlich der Frage, in wie fern ein streitender Theil verpflichtet sey, seinem Proceßgegner Urkunden zu ediren, wird zwar allgemein anerkannt, daß, wenn einer der im vorigen Paragraph angeführten speciellen Verpflichtungsgründe unter den Parteien vorhanden ist, die letzteren sich gegenseitig die Edition nicht verweigern können, gleichviel, ob der Kläger von dem Beklagten, oder dieser von jenem die Edition verlangt.

Für den Fall aber, wenn ein specieller Verpflichtungsgrund nicht vorhanden ist, werden jetzt gewöhnlich folgende Regeln aufgestellt:

I. Der Kläger ist schon in Folge seiner Parteistellung, also auch ohne einen besonderen materiellen Grund verpflichtet, dem Beklagten alle Urkunden zum Behufe seiner Vertheidigung herauszugeben. — Der Beklagte hingegen kann

II. nicht angehalten werden, dem Kläger zum Beweise seiner Klage Urkunden zu ediren; wenn nicht etwa 1) der Fiscus Kläger, oder 2) der Beklagte wegen Zinswuchers belangt ist.

Zur Rechtfertigung der beiden Hauptsätze beruft man sich vorzugsweise auf

c. 5. 6 u. 8. C. 2. 1.

Martin, Lehrb. §. 316.

Schmid, Handb. II. S. 281 not. 13.

Nach dem richtig verstandenen Inhalte der Gesetze lassen sich jedoch diese Regeln nicht unbedingt rechtfertigen. — Daß der Beklagte ohne einen speciellen Grund nicht schuldig ist, dem Kläger zur Begründung und zum Beweise seiner Klage Urkunden herauszugeben, ist allerdings richtig, und würde sich, wenn es auch in c. 1 u. 4. C. De edendo nicht bestimmt wäre, schon aus anderen Gesetzen ergeben.

Vgl. c. 7. C. 4. 20.

c. 1. X. 2. 19.

Daß aber umgekehrt der Kläger verpflichtet seyn soll, dem Beklagten in allen Streitsachen alle Urkunden herauszugeben, welche diesem zur Führung des Vertheidigungsbeweises dienen können, läßt sich aus den hiefür angerufenen Gesetzen nicht nachweisen. Denn auch abgesehen davon, daß in der c. 5 u. 6. cit. nicht von dem Beklagten überhaupt, sondern nur von einem solchen die Rede ist, a quo *pecunia* petitur, sprechen sowohl diese beiden Gesetze, als auch die c. 8. nur davon, daß es ein billiges Begehren

des Beklagten sey, exhiberi *rationes* creditoris, welche vielleicht auch etwas zur Vertheidigung des Beklagten Dienendes enthalten können. Der Ausdruck „*rationes*" bezeichnet aber keineswegs Urkunden aller Art, sondern nur die Hausrechnungs- oder Geschäftsbücher, welche — ähnlich den rationibus der argentarii — nach Römischer Sitte auch Privatleute zu führen pflegten.

Vgl. Ascon. Ped. interpret. ad Cic. in Verrem. L. I. c. 23.

Fr. 6. §. 3. D. 2. 13.

Höchstens könnte also eine Verbindlichkeit des Klägers zur Vorlage dieser rationes aus den angeführten Stellen abgeleitet werden; und da die Römische Sitte, dergleichen Hausbücher zu führen, jetzt bei Privatleuten nicht mehr allgemein vorausgesetzt werden kann, so würde die Anwendung jener Gesetze auf jeden Fall sehr unsicher seyn.

Wenn man aber auch die Editionspflicht des Klägers mit Rücksicht auf

Fr. 1. §. 3. D. 2. 13,

wo auch instrumenta genannt werden, auf alle Urkunden ausdehnt, so ist nicht zu übersehen, daß in eben dieser Stelle bemerkt wird, daß der Kläger die Urkunden sogleich mit der actio schon ediren soll, und zwar nur diejenigen, *quibus ipse usurus est.*

Will man daher auch darüber hinwegsehen, daß die Römische, schon mit der *editio actionis* verbundene Urkundenedition jetzt nicht mehr nothwendig ist;

J. R. A. §. 35. vergl. §. 39.

Schmid, Handb. II. S. 279. not. 1.

so kann man doch höchstens den Satz vertheidigen: „Wenn sich der Kläger zur Begründung seiner Klage selbst auf Urkunden beruft, deren Inhalt der Beklagte auch zu seiner Vertheidigung benutzen zu können glaubt, so kann

der letztere, wenn der Kläger die Urkunden nicht selbst vorgelegt hat, auf deren Edition antragen." — Daß übrigens der Beklagte sich in diesem Falle der Urkunden eben sowohl zur Begründung von Einreden, als zur Führung des directen Gegenbeweises bedienen darf, ist im Hinblicke auf c. 6. u. 8. C. 2. 1. nicht zu bezweifeln.

Vergl. über das Ganze:

M. Mittermaier a. a. O. S. 48—68.

Heffter, Syst. S. 306 flg.

Wetzell, Syst. S. 156. not. 104.

Was übrigens die beiden Ausnahmen betrifft, welche man gewöhnlich von der Regel macht, daß der Beklagte ohne speciellen Grund nicht verpflichtet sey, dem Kläger Urkunden zu ediren (s. oben II. 1. u. 2.), so sind dieselben gesetzlich allerdings begründet.

Fr. 2. §. 1 u. 2. D. 49. 14.

Vergleiche darüber:

M. Mittermaier a. a. O. S. 32.

Glück, Comm. XXII. S. 118.

Clem. un. §. 1. 5. 5.

Nur die jetzige Anwendbarkeit der zweiten Ausnahme in Betreff des Zinswuchers wird von Einigen bestritten, weil das allgemeine Zinsverbot des canon. Rechts jetzt nicht mehr beachtet wird.

M. Mittermaier a. a. O. S. 38.

Allein in so fern auch neben der Zulassung von Zinsen doch noch eine usuraria pravitas möglich ist, kann man nicht sagen, daß jene Vorschrift des canon. Rechts jetzt gar nicht mehr anwendbar sey.

Schmid, Hdb. II. S. 282. not. 14.

Fortsetzung.

§. 294.

Ueber das Verfahren im Editionsstreite ist Folgendes zu bemerken:

1) Der Implorant muß die Urkunde, auf deren Edition er anträgt, beschreiben. Gänzlich unbestimmte und vage Anträge dieser Art werden mit Recht zurückgewiesen. Auf der anderen Seite darf aber der Richter dieses Erforderniß auch nicht zu strenge nehmen; zumal in solchen Fällen, in welchen dem Imploranten die zu einer speciellen Bezeichnung erforderliche Kenntniß unter den gegebenen Umständen nicht zugemuthet werden kann.

Bopp in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. V. S. 140 fl.

Besitzt allenfalls der Implorant eine Abschrift der zu edirenden Urkunde, so ist es das Zweckmäßigste, diese dem Gesuche beizufügen.

2) In dem Editionsgesuche muß auch der Rechtsgrund angeführt werden, wegen dessen der Implorant seinen Gegner für verpflichtet hält, die Urkunde vorzulegen.

Außerdem wird

3) gewöhnlich auch noch gefordert, daß der Implorant in seinem Gesuche schon eine Bescheinigung darüber beibringe, daß sich die befragliche Urkunde im Besitze des Gegners befinde. Allein gesetzlich ist dieß nicht vorgeschrieben, und auch von allgemeinen processualischen Grundsätzen ausgehend, gelangt man nicht zu diesem Resultate, wenn man auch zugeben muß, daß der Editionsstreit, wenigstens unter den Parteien selbst, nur eine Incidentsache und folglich summarisch zu behandeln ist. Denn

nur in einigen summarischen Processen ist die Verbindung des Beweises oder einer Bescheinigung mit der Imploration nothwendig. Der Editionsstreit muß aber nicht gerade in der Form eines solchen Verfahrens eingeleitet werden. Es genügt daher, wenn der Implorant vorläufig auch nur anführt, daß der Gegner die Urkunde besitze.

Bopp in der Zeitschr. von Linde u. Marezoll Bd. VII. S. 206 flg.

Als ein selbständiger Antrag kommt das Editionsgesuch übrigens gewöhnlich nur dann vor, wenn es gegen einen Dritten gerichtet ist. Verlangt eine Partei von der andern die Edition einer Urkunde, so bildet das Gesuch meistentheils nur einen Anhang einer andern Proceßschrift. In dem ersten Falle ist übrigens die Klage auf Edition bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches nach den allgemeinen Grundsätzen als zuständig erscheint.

4) Das weitere Verfahren hängt von der Erklärung des Imploraten ab. — Gesteht dieser zwar den Besitz der Urkunde, bestreitet aber die Verbindlichkeit, sie zu ediren, so wird hierüber nach vorgängiger weiterer Instruction, wenn eine solche nöthig erscheinen sollte, in Gemäßheit der oben vorgetragenen Grundsätze über die Editionspflicht von dem Gerichte entschieden. — Läugnet aber der Implorat den Besitz der Urkunde, so kann es zu dem s. g. Editionseide kommen, welcher dahin geht, daß man die verlangte Urkunde nicht besitze, und auch dieselbe nicht böslicher Weise zu besitzen aufgehört habe. — Ueber die rechtliche Natur dieses Eides bestehen sehr abweichende Ansichten. — Im Röm. Rechte ist er als eine eigenthümliche Eidesart nicht begründet. Denn das jusjur., von welchem in der c. 22. C. 4. 21. Erwähnung geschieht, ist nicht der jetzt übliche Editionseid, und hängt mit der von Justinian eingeführten allgemeinen Verbindlichkeit zur Urkundenedition

zusammen (s. oben). Auch ist diese Stelle nicht glossirt. — Seinem Inhalte nach übereinstimmend mit unserem Editionseide wäre zwar der Eid, dessen Justinian in der c. 21. C. 4. 21. gedenkt (quod *nec habeat* eam chartulam, *nec dolo malo fecerit*, quo minus appareat); allein der Fall, für welchen dieser Eid eingeführt wurde, ist ein anderer, als der, in welchem unser Editionseid vorkommt. — Bei diesem Mangel an gemeinrechtlichen Bestimmungen ist von Vielen das Sächsische Recht in der Doctrin benützt worden, welches den Editionseid in so fern als eine besondere Eidesart aufstellte, als dabei der Calumnieneid, die Relation und die Gewissensvertretung ausgeschlossen wurde.

Goldschmidt, Abh. S. 87 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 287. not. 14.

Andere hingegen betrachten diesen Eid als einen gewöhnlichen zugeschobenen Eid.

Glück, Comm. XXII. S. 124.

v. Grolman, Theorie des ger. Verf. S. 326.

Da, wo durch Particulargesetze nichts darüber verordnet ist, dürfte es am angemessensten seyn, die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechts über Beweislast und Beweismittel zur Anwendung zu bringen. — Der Implorant muß demnach, wie in anderen Fällen, wo er auf Restitution oder Exhibition einer bestimmten Sache anträgt, im Falle des Widerspruches beweisen, daß der Gegner diese Sache besitzt. Mangeln ihm hiezu die gewöhnlichen Beweismittel, so kann er auch von der Eidesdelation Gebrauch machen, und diese hat hier nichts Besonderes. — Sollte er aber den Besitz des Gegners auf andere Art, jedoch nur unvollständig bewiesen haben, so kann auch auf einen nothwendigen Eid erkannt werden, und in diesem Falle kann der Editionseid auch als ein purgatorium vorkommen.

Vergl. noch: Mittermaier im Arch. für civ. Prax. Bd. IX. S. 378 flg.

Auch die geschichtliche Untersuchung führt auf den Gesichtspunkt des Reinigungseides zurück.

Wetzell Syst. I. S. 157. not. 108.

5) Wenn der verurtheilte Implorat die Edition ungehorsam verweigert, so kann der Implorant darauf antragen, daß ihm das Interesse geleistet werde;

Fr. 6. §. 4; fr. 8. pr. §. 1. D. 2. 13.

dessen Größe unter den gewöhnlichen Bedingungen auch durch das jusjur. in litem bestimmt werden kann.

Fr. 2. §. 1; fr. 10. D. 12. 3.

Der Gerichtsgebrauch hat aber zum Theile andere Zwangsmittel eingeführt. Wenn nämlich der Implorant eine Abschrift der zu edirenden Urkunde beizubringen vermochte, und der Implorat ist die Gegenpartei selbst, so wird, nach vorgängiger Androhung, die poena editi et recogniti gegen den Ungehorsamen verhängt. — Konnte aber keine Abschrift vorgelegt werden, so wird mit der poena confessi rücksichtlich jener Artikel gedroht, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollten.

Glück Comm. XXII. S. 126.

Das specielle Zwangsmittel, welches Clem. un. §. 1. De usur. vorschreibt, ist nicht mehr üblich.

B. Von der Beweisführung im Falle verlorner Urkunden.

§. 295.

Hiebei kommt es zunächst darauf an, ob dem Beweisführer eine Urkunde durch seinen jetzigen Gegner selbst

in böser Absicht entzogen worden ist, oder nicht. — In dem ersten Falle braucht der Producent weiter nichts zu beweisen, als die dolose Entziehung. Ist diese dargethan, so wird der angebliche Inhalt der entzogenen Urkunde ohne Weiteres als gewiß angenommen.

c. 20. C. 4. 19.

In dem zweiten Falle hingegen gelten folgende Regeln:

1) Kann der Producent die beurkundete Thatsache auch noch durch andere Mittel beweisen, so kommt der Verlust der Urkunde nicht in Betracht,

c. 1. 5. 7. 11. C. 4. 21.

und braucht nicht einmal bewiesen zu werden, wenn nicht etwa die Gültigkeit des Geschäftes durch schriftliche Errichtung bedingt war. Nur darf die peremtorische Frist zur Antretung des Beweises zu der Zeit noch nicht abgelaufen seyn, da der Producent einen andern Beweis substituiren will. Denn die Behauptung, daß der unverschuldete Verlust eines Beweismittels dem Producenten das Recht gebe, auch nach verstrichener Frist andere, innerhalb derselben nicht vorgeschlagene Beweismittel zu produciren, steht mit der Eventualmaxime in Widerspruch, und kann daher nicht gebilligt werden, so allgemein sie auch vertheidigt wird.

A. M. Gönner Hdb. II. Abh. 39. §. 6. S. 311.

2) Fehlt es aber dem Producenten an anderen ordentlichen Beweismitteln, und ist vielleicht auch die Eidesdelation in dem gegebenen Falle nicht anwendbar, so könnte nur etwa noch dadurch geholfen werden, daß man die Existenz, den Inhalt und die Aechtheit der verlorenen Urkunde auf andere Art, z. B. durch Zeugen bewiese. — Die Möglichkeit eines solchen Beweises kann nicht bezweifelt werden; aber unverkennbar ist auch die Schwierigkeit desselben, und eben deßhalb haben sich die praktischen Schriftsteller nicht

selten hiebei zu einer Nachsicht verleiten lassen, welche aber nicht zu rechtfertigen ist.

Vergl. hierüber:

Wernher Obs. IV. obs. 252.

Gönner Hdb. 2. Bd. S. 488 flg.

Archiv für civ. Pr. I. S. 57. not.

Glück Comm. XXII. S. 105.

3) Wenn der Verlust der Urkunde durch Schuld eines Dritten verursacht wurde, so kann gegen diesen auf Entschädigung geklagt und unter Umständen auch in litem gegen ihn geschworen werden.

C. Von dem Verfahren bei dem Beweise durch Augenschein.

§. 296.

Die Vornahme eines Augenscheines kann zuweilen von dem Richter von Amtswegen decretirt werden (S. oben), und dann kommt eine Antretung gar nicht vor. Wo aber dieß der Fall nicht ist, da geschieht die Antretung dieses Beweises durch ein Gesuch der Partei, worin nöthigenfalls die Zweckmäßigkeit einer Besichtigung ausgeführt und um die Vornahme derselben gebeten wird. — Bei Gränzstreitigkeiten und in anderen ähnlichen Fällen ist es nothwendig, zur vorläufigen Information des Richters einen Situationsplan oder dergl. beizulegen, J. R. A. §. 51; und wo die Ausstellung des Befundscheines besondere technische Kenntnisse erfordert, pflegt man auch Sachverständige vorzuschlagen, deren Beiziehung jedoch auch der Richter ohne Antrag der Parteien verfügen kann.

Die richterliche Verfügung hierauf (welche übrigens auch dann stattfindet, wenn der Richter die Handlung von Amtswegen vornehmen will) besteht in der Festsetzung eines Termines zur wirklichen Vornahme des Augenscheines, wozu beide Theile und die Sachverständigen vorgeladen werden. Die Ladung der Parteien ist zwar wesentlich nothwendig,

Wernher IV. 234.

wird aber in der Regel doch nur für monitorisch gehalten, d. h. wenn auch die Parteien nicht erscheinen, so wird die Augenscheins-Handlung von dem Richter doch vorgenommen.

Nur dann, wenn der zu besichtigende Gegenstand erst vorgelegt werden muß, oder wenn ohne Zuthun eines Theiles der Augenschein gar nicht abgehalten werden kann, pflegt man peremtorisch zu laden. Die hiebei anzudrohenden Nachtheile sind denjenigen analog, welche bei dem Urkundenbeweise vorkommen.

Schneider vom rechtl. Bew. §. 509 u. 510.

In dem festgesetzten Termine selbst begibt sich der Richter nach vorgängiger Beeidigung der Sachverständigen an Ort und Stelle, läßt sich von den Parteien die einzelnen Gegenstände, auf deren Besichtigung es hauptsächlich ankommt, vorzeigen, und sowohl hierüber, als auch über das, was er mit einigen Sinnen wahrgenommen hat, ein genaues und vollständiges Protokoll abfassen. Wo durch eine bloße Beschreibung die Sache nicht anschaulich genug gemacht werden kann, sollen durch die beigezogenen Sachverständigen Zeichnungen, Grundrisse u. dgl. verfertigt, oder die bereits von den Parteien selbst vorgelegten nach dem Befunde richtig gestellt und amtlich beglaubigt werden. — Um nichts Ueberflüssiges in das Augenscheinsprotokoll zu bringen, und Erhebliches vielleicht zu übersehen, soll der Richter diese Handlung nie unvorbereitet vornehmen, sondern

sich schon vorher eine klare Vorstellung von dem Resultate zu machen suchen, welches der Augenschein liefern müßte, um vollständig zu beweisen, was bewiesen werden soll. Nach geschlossener Augenscheinshandlung tritt, wie gewöhnlich, das Schlußverfahren ein.

D. Von dem Verfahren bei dem Beweise durch (urtheilende) Sachverständige.

§. 297.

Die Antretung dieses Beweises geschieht ungefähr auf dieselbe Art, wie bei dem Zeugenbeweise. Der Beweisführer stellt nämlich den Satz auf, welcher durch das Gutachten bestätigt werden soll, — (aber nicht in der hier unpassenden Artikelform); — benennt zugleich die Sachverständigen, deren Vernehmung er wünscht, und verbindet damit das geeignete Gesuch. — Diese Antretungsschrift wird sodann der Gegenpartei mitgetheilt, aber nicht, wie bei dem Zeugenbeweise zur Abgabe von Interrogatorien, sondern damit auch sie Kunstverständige vorschlage, und ihre etwaigen Beweiseinreden vorbringe. Hat der Product dieser Aufforderung entsprochen und auch seinerseits Kunstverständige in Vorschlag gebracht, so muß nach dem Grundsatze der Rechtsgleichheit der streitenden Theile auch dem Producenten noch Gelegenheit gegeben werden, seine Einreden vorzuschützen, ehe noch zur Vernehmung selbst geschritten wird. — Das weitere Verfahren hängt nun davon ab, ob von einer oder der anderen Seite Einreden gegen die vorgeschlagenen Kunstverständigen vorgebracht worden sind, oder

nicht. In dem ersten Falle muß über diese Einreden ein Incidentverfahren eingeleitet, wenn sich die Einreden gegründet zeigen, der unzulässige (oder auch wohl nur verdächtige) Sachverständige verworfen, und derjenigen Partei, welche ihn benannt hat, freigestellt werden, einen andern zu substituiren. — In dem zweiten Falle dagegen, oder, wenn die Beweiseinreden als grundlos zurückgewiesen worden sind, ist ein Termin zur Vernehmung der Sachverständigen anzusetzen, wozu sowohl diese, als auch die streitenden Theile vorgeladen werden. — In diesem Termine selbst werden nun

1) vor allem die Experten in Gegenwart der Parteien beeidigt (wenn sie nicht etwa ohnehin schon ein für allemal zu diesem Geschäfte verpflichtet sind); hierauf werden sie

2) von der Sache gehörig informirt, und zugleich von denjenigen Punkten oder Fragen in Kenntniß gesetzt, worüber sie ein Gutachten abgeben sollen, — Beides noch in Gegenwart der Parteien. — Vergl. jedoch Seeger, das Verfahren mit Sachverst. Stuttgart 1841. S. 83 flg. Endlich

3) folgt, wenn sie sich nicht eine Bedenkzeit ausbitten, die wirkliche Vernehmung selbst, und zwar ebenso, wie bei dem Zeugenbeweise, nämlich in Abwesenheit der Parteien und mit jedem allein.

Ueber die Folgen des Ungehorsams der Parteien s. Seeger a. a. O. S. 85 flg.

Die Art der Information richtet sich nach der Beschaffenheit des Gegenstandes. — Können die Objecte oder die Erscheinungen und Merkmale, worauf es bei der Beurtheilung hauptsächlich ankommt, noch in natura besichtigt werden, so ist es am sichersten und zweckmäßigsten, einen Augenschein vorzunehmen. Widrigenfalls müssen den Kunst-

verständigen die actenmäßig erwiesenen Momente mitgetheilt werden, auf welche sich ihr Gutachten stützen soll. Weil übrigens auf die Information das Meiste ankommt, so ist es sehr zweckmäßig, wenn der Richter schon sogleich nach geschehener Antretung einen Entwurf der Instruction verfertigt, und diesen Entwurf den Parteien mittheilt, damit sie ihre Bemerkungen darüber machen, und nöthigenfalls auf Ergänzungen und Berichtigungen antragen können.

Seeger a. a. O. S. 80.

Nach geschlossener Vernehmung werden endlich die Gutachten den streitenden Theilen abschriftlich mitgetheilt, und die Schlußschriften abgefordert.

Das bisher beschriebene Verfahren findet auch dann Statt, wenn der Richter von Amtswegen die Beiziehung von Sachverständigen verfügt. Nur macht hier ein richterliches Decret den Anfang, worin die Nothwendigkeit dieser Verfügung ausgesprochen, und jede Partei aufgefordert wird, Sachverständige in Vorschlag zu bringen.

E. Von dem Verfahren bei dem Beweise durch den freiwilligen Hauptеid.

§. 298.

Die Antretung dieses Beweises geschieht durch die Delation des Eides, wobei zwar die Thatsache genau zu bestimmen ist, welche beschworen werden soll, die wörtliche Einrückung der Eidesformel aber nach gemeinem Rechte noch nicht für nothwendig gehalten wird.

Die Antretungsschrift wird sodann dem Delaten zur Abgabe seiner Erklärung binnen einer peremtorischen Frist mitgetheilt, und von dem Inhalte dieser Erklärung hängt das weitere Verfahren ab. Protestirt nämlich

I. der Delat gegen die Eideszuschiebung, indem er Einreden gegen die Zulässigkeit derselben vorschützt, so muß vor allem über diese Einreden ein Incidentverfahren eingeleitet und darüber entschieden werden. Denn eine eventuelle Abnahme des Eides, unter Vorbehalt der Einreden für das künftige Schlußverfahren ist unstatthaft, weil unnütze Eide vermieden werden sollen.

II. Wählt der Delat die Gewissensvertretung, so wird ihm zur Antretung desjenigen Beweises, durch welchen er sich von der Eidesleistung befreien will, eine peremtorische Frist gesetzt, und nach geschehener Antretung dasjenige Verfahren eingeleitet, welches der Beschaffenheit der gewählten Beweismittel entspricht. — Zweckmäßiger würde es übrigens seyn, wenn der Richter schon in dem Decrete, worin er den Delaten zur Erklärung über den zugeschobenen Eid auffordert, dieselbe Frist, welche zu diesem Zwecke gegeben wird, für den Fall der Gewissensvertretung sogleich auch zur Antretung des zu substituirenden Beweises und zwar in peremtorischer Eigenschaft vorschriebe.

III. Im Falle der Zurückschiebung wird zwar gewöhnlich ohne weiters von dem Gerichte die Eidesformel wörtlich vorgeschrieben; — dieselbe beiden Parteien (dem Relaten mit Beifügung der Relationserklärung) mitgetheilt, und ein Termin zur Leistung des Schwures festgesetzt. Da jedoch der Relat Gründe haben kann, die Zurückschiebung in concreto als unstatthaft anzufechten; da ferner der Referent sowohl, als der Relat gegen die von dem Richter entworfene Formel Einwendungen haben kann, so muß es beiden Theilen gestattet werden, bis zu jenem

Termine ihre Einwendungen vorzubringen, über welche sodann vor Allem noch zu verhandeln und zu entscheiden ist.

IV. Nimmt der Delat den zugeschobenen Eid unbedingt an, so entwirft der Richter die Eidesformel, theilt diesen Entwurf beiden Parteien mit, und setzt zugleich einen Schwörungstermin an, wozu die streitenden Theile peremtorisch vorgeladen werden. Erscheinen sie in diesem Termine, so wird nach vorgängiger Erklärung der Eidesformel und nach geschehener Warnung gegen den Meineid zuerst dem Deferenten der etwa geforderte Gefährdeeid, sodann dem Delaten in Gegenwart des Deferenten der Haupteid selbst abgenommen. Im Falle eines Ungehorsames ist zu unterscheiden: a) Bleibt der Delat aus, so tritt gegen ihn die poena recusati ein, vorausgesetzt, daß er peremtorisch geladen war. b) Erscheint aber der Deferent nicht, so kommt es darauf an, ob er den Gefährdeeid hätte schwören sollen oder nicht. In dem zweiten Falle schreitet man ungeachtet der Abwesenheit des Deferenten doch zur Abnahme des Haupteides. In dem ersten aber wird der Haupteid pro remisso gehalten, d. h. der Delat braucht gar nicht zu schwören, und wird doch so behandelt, als wenn er geschworen hätte.

Fr. 37. D. 12. 2.

Sind übrigens die Parteien mit der von dem Richter vorgeschriebenen Eidesformel nicht zufrieden, so können sie bis zum Schwörungstermine ihre Erinnerungen dagegen vorbringen, und über diese muß dann zuerst entschieden werden.

Impugnations- und Salvationsschriften finden hier nicht Statt, sondern nach geleistetem oder recusirtem Eide erfolgt sogleich das Definitivurtheil, vorausgesetzt, daß die Entscheidung bloß von dem Eide allein abhängt. Ja, nach

c. 11. C. 7. 45. soll schon in dem Decrete, worin auf den Eid erkannt wird, das Endurtheil in bedingter Form ausgesprochen werden.

F. Von dem Verfahren bei dem Erfüllungs- oder Reinigungseid.

§. 299.

Weil diese Eide von dem Richter aufgelegt werden, so kommt dabei eine Antretung gar nicht vor, wenn man nicht etwa das Erbieten des Producenten zum Erfüllungseide so nennen will, welches jedoch weder nothwendig, noch für den Richter bindend ist. Die Auflage von Seite des Richters kann übrigens nach der oben angegebenen Beschaffenheit dieser Eide immer erst dann erfolgen, wenn das Beweisverfahren geschlossen, und der Versuch eines besseren Beweises nicht mehr zulässig ist. Findet der Richter wirklich nothwendig, einen solchen Eid aufzulegen, so soll er mit der Auflage immer eventualiter auch schon das Definitivurtheil verbinden (c. 11. C. 7. 45), den Termin zur Ableistung des Eides aber erst nach eingetretener Rechtskraft des bedingten Endurtheils ansetzen.

Anhang.

Von dem Verfahren bei zusammengesetzten Beweisführungen.

§. 300.

Eine zusammengesetzte Beweisführung tritt in folgenden Fällen ein:

I. Wenn der Producent das thema prob. in mehrere Sätze zergliedert, und nicht über jeden dieser Sätze den Beweis durch dieselben Beweismittel antritt; oder,

II. wenn er in Beziehung auf denselben Satz mehrere verschiedenartige Beweismittel cumulirt.

In dem ersten Falle pflegt man in der Praxis bei der Antretung des Beweises immer die Form des Articulirens zu beobachten, auch in Ansehung derjenigen Sätze, welche durch Beweismittel dargethan werden sollen, bei deren Gebrauche die Form der Artikel als unpassend erscheint. — Als wesentlich nothwendig ist jedoch diese Form nicht zu betrachten, selbst dann nicht, wenn sich auch unter den Beweismitteln Zeugen befinden. — Die richterlichen Verfügungen im Falle eines zusammengesetzten Beweises müssen zwar nach der Verschiedenheit der einzelnen in Vorschlag gebrachten Beweismittel auch verschieden ausfallen, und das Verfahren kann daher weder in Ansehung seiner Dauer, noch seiner Beschaffenheit überall dasselbe seyn. Um jedoch Zeit und Kosten zu ersparen, soll der Richter, so weit es thunlich ist, gleichzeitige Verhandlung eintreten lassen. — Sollte der Beweisführer über denselben Satz den Beweis *principaliter* durch gewöhnliche Beweismittel, z. B. durch Zeugen, *eventualiter* aber auch durch die Eidesdelation angetreten haben, so kann der Richter das Instructionsverfahren zunächst nur auf den principaliter angetretenen Beweis allein beschränken, und die Aufforderung des Delaten zur Erklärung über den Eidesantrag, sowie die weiteren Verhandlungen hierüber bis zu dem Zeitpunkte aufschieben, in welchem es durch die Resultate des Principalbeweises gewiß geworden ist, daß der Eid zu Hülfe genommen werden muß.

Vgl. Heisse u. Cropp jurist. Abh. I. XV. besonders S. 280 flg.

Linde im Arch. XIV. S. 426 flg.

Er kann aber auch dem Producten in demselben Decrete, durch welches er ihn auffordert, binnen einer peremtorischen Frist gegen den Principalbeweis das Geeignete vorzunehmen, aufgeben, sich auch binnen gleicher Frist jetzt schon über die Annahme des eventuell zugeschobenen Eides zu erklären. — Welcher von beiden Wegen vorzuziehen sey, hängt von den jedesmaligen Umständen, und von dem Ermessen des Richters ab. Indessen ist es, — auch wenn der Richter den zweiten Weg vorzieht, nicht zweckmäßig, alle Verhandlungen über den Eid (z. B. über die etwa hiegegen vorgebrachten Einwendungen, über die Eidesformel u. dgl.) gleichzeitig neben der Instruction des Principalbeweises fortlaufen zu lassen, weil es ja möglich ist, daß der Principalbeweis ein Resultat liefert, welches den Rückgriff auf den nur subsidiär deferirten Eid überflüssig macht. Sobald sich daher der Delat in diesem Falle über die Annahme oder Zurückschiebung des Eides erklärt hat, soll der Richter das weitere Verfahren hierüber einstellen, und sich zunächst nur mit der Instruction des Principalbeweises allein beschäftigen. — Nur das ist rathsam, dem Producten bei der Aufforderung zur Abgabe seiner Erklärung über den Eidesantrag ausdrücklich bemerklich zu machen, daß er, wenn er etwa von der Gewissensvertretung Gebrauch machen wollte, den ihm zu diesem Zwecke zu Gebote stehenden Beweis sogleich innerhalb der ihm ad reprobandum anberaumten peremtorischen Frist anzutreten habe, um jedem künftigen Streite über die Zulässigkeit der Gewissensvertretung nach dem Schlusse des principalen Beweises und Gegenbeweises vorzubeugen. — Die Verfügung oder Entscheidung, welche nach der Durchführung des principalen

Beweises zu treffen ist, hängt theils von den Ergebnissen dieses Beweises, theils von der Anfangs gegebenen Erklärung des Delaten über den Eidesantrag selbst ab. — Ist nämlich

I. der principale Beweis — sey es nun ohne Gegenbeweis, oder ungeachtet desselben vollständig zu Gunsten des Probanten ausgefallen, so findet gar kein Rückgriff auf den Eid mehr Statt, der Delat möge nun diesen eventuell acceptirt oder referirt haben, weil der eventus nicht eingetreten ist, für welchen allein der Eid deferirt wurde. In diesem Falle ist daher sofort definitiv für den Beweisführer zu erkennen.

Eben so wenig kommt es

II. zur einer wirklichen Benützung des Eides, wenn umgekehrt der Principalbeweis vollständig zu Gunsten des Producten ausgefallen ist, d. h. wenn entweder durch den Gegenbeweis, oder vielleicht durch den Hauptbeweis selbst gerade das Gegentheil von Dem zur juristischen Gewißheit gebracht wurde, was der Producent hätte beweisen sollen. — Denn hatte in diesem Falle der Product den Haupteid eventuell acceptirt, so braucht er doch nicht mehr zu schwören, weil der zu beschwörende Satz ohnehin schon erwiesen vorliegt, die eidliche Bekräftigung einer ohnehin schon erwiesenen Behauptung aber überflüssig ist. — C. 2. X. 2. 19. — Hatte aber der Product den Eid referirt, so kann es eben so wenig zur wirklichen Ableistung desselben kommen, weil auch die Relation nur eventuell, d. h. nur auf den Fall geschehen ist, wenn der zu beschwörende Satz nicht schon durch den principalen Beweis dargethan werden sollte.

In diesem Falle (II.) ist daher auch sofort definitiv zu erkennen; jedoch nicht zu Gunsten des Beweisführers, sondern seines Gegners.

III. Wenn der Principalbeweis unvollständig geliefert wurde, aber zum Vortheile des Probanten, so kommt es zunächst darauf an, ob mehr oder weniger als halb bewiesen wurde. In dem ersten Falle ist dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen, und zwar ohne Unterschied, ob der Product den eventuell zugeschobenen Eid acceptirt oder referirt hatte. Denn hatte er ihn referirt, so würde der Probant ohnehin zum Schwure kommen, und der Inhalt dieses Schwures würde mit dem Inhalte des Erfüllungseides vollkommen übereinstimmen. Hatte aber der Product den Haupteid acceptirt, so kann er doch nicht verlangen, daß nun er mit Hintansetzung des Erfüllungseides zur Leistung des acceptirten Haupteides zugelassen werde, weil nicht anzunehmen ist, daß der Beweisführer die Entscheidung der Sache auch für den Fall von dem Eide seines Gegners abhängig machen wollte, in welchem er selbst einen gesetzlichen Anspruch darauf haben würde, die Entscheidung durch einen eigenen Eid herbeizuführen. — Bei weniger als halbem Beweise ist aber der Product zum Reinigungseide zuzulassen. Hatte jedoch der Product den Haupteid eventuell referirt, so kann der Producent durch Verzichtleistung auf den weniger als halben Beweis die Zulassung zum zurückgeschobenen Eide bewirken.

IV. Ist der principale Beweis unvollständig, aber zum Vortheile des Producten ausgefallen, d. h. ist durch den Gegenbeweis, oder vielleicht durch den Hauptbeweis selbst das directe Gegentheil von Dem, was der Probant beweisen wollte, theilweise dargethan worden, so ist auf folgende Art zu unterscheiden:

1) Hat der Product mehr als halben Beweis für sich, so ist er zum Erfüllungseide zuzulassen. — Wenn er den freiwilligen Eid anfänglich eventuell

acceptirt hatte, so ist dieser Satz ohnehin keinem Zweifel unterworfen, weil unter dieser Voraussetzung auch der Haupteid ihm zustehen würde, dessen Inhalt mit dem Inhalte des Erfüllungseides vollkommen übereinstimmend wäre. — Aber auch dann, wenn der Product den freiwilligen Eid eventuell referirt haben sollte, scheint der Erfüllungseid den Vorzug vor dem juram relatum zu verdienen. Denn wenn man jene Partei schwören läßt, welche mehr als halben Beweis für sich hat, so ist weniger ein falscher Eid zu befürchten, als wenn man den Eid der Partei gestattet, welche mehr als halben Beweis gegen sich hat. Gegen die Einwendung, daß man den Referenten deßhalb nicht zum Erfüllungseide zulassen dürfe, weil er durch die Relation selbst zu erkennen gegeben habe, daß er entweder nicht schwören wolle, oder nicht schwören könne, kann bemerkt werden, daß das Nichtschwörenkönnen nicht nothwendig aus dem Acte der Relation folgt; das Nichtschwörenwollen aber im Hinblicke auf die Eventualität der Erklärung auf den Fall zu beschränken seyn dürfte, wenn der principale Beweis überhaupt zu keinem Resultate führen sollte.

A. M. Bolgiano. Vgl. Darstellung II. S. 214. nro. 2.

Uebrigens scheint dem Producten die Freiheit, unter Verzichtleistung auf die doch nur für ihn allein vortheilhaften Beweisresultate, den Relationsantrag zu erneuern, mit hinreichenden Gründen nicht bestritten werden zu können.

2) Hat der Product weniger als halben Beweis für sich, und hatte er den freiwilligen Eidesantrag referirt, so ist jedenfalls dem Beweisführer der

Reinigungseid aufzulegen, welcher ja materiell ohnehin mit dem ihm referirten Haupteide übereinstimmt. — Hatte aber der Product den Haupteid eventuell acceptirt, so ist zwar zunächst auch die Auflage des Reinigungseides begründet. Wenn jedoch der Product auf den für ihn sprechenden geringen Beweis verzichtet, so kann er verlangen, zur Ableistung des von ihm eventuell acceptirten Haupteides zugelassen zu werden. Ein Protestationsrecht von Seite des Deferenten kann hiergegen nicht als begründet erachtet werden, indem er sich die Zulassung seines Gegners zur Leistung des Haupteides selbst dann hätte gefallen lassen müssen, wenn der principale Beweis minder ungünstig für ihn ausgefallen wäre, nämlich, wenn er nur gar kein Resultat, also wenigstens doch kein positiv nachtheiliges für ihn geliefert hätte.

A. M. ist wegen analoger Anwendung des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel Bolgiano a. a. O. S. 213 unt.

Wenn aber

V. der principale Beweis (Haupt- und Gegenbeweis zusammengefaßt) gar kein positives Resultat geliefert hat, weder für den Producenten, noch für den Producten, dann muß auf den eventuell zugeschobenen Eid zurückgegangen werden. Denn dieß ist gerade der Fall, welchen der Producent bei der eventuellen Zuschiebung im Auge hatte. — Welche Partei übrigens den Eid wirklich zu leisten habe, hängt von der früheren Erklärung des Delaten ab. Hatte dieser den Eid acceptirt, so wird er selbst, — hatte er ihn referirt, so wird der Deferent zum Schwure zugelassen. — Sollte sich aber der Product anfänglich für die Gewissensvertretung erklärt haben, so würde dieselbe bei der hier

vorausgesetzten Actenlage als mißlungen zu betrachten, und daher der Delat aufzufordern seyn, sich jetzt noch entweder für die Annahme oder für die Relation des Eides zu erklären. — Wenn der Richter die im Eingange dieses Paragraphen empfohlene Vorsichtsmaßregel beobachtet, und dem Delaten die Antretung des Exonerationsbeweises binnen der peremtorischen Reprobationsfrist zur Pflicht gemacht hatte, — so ist diese Auffassung ohnehin keinem Zweifel unterworfen. Aber auch dann, wenn der Richter die Verbindung des Exonerationsbeweises mit dem Gegenbeweise nicht ausdrücklich anbefohlen, sondern nur eine peremtorische Gegenbeweisfrist angeordnet hatte, scheint die nachträgliche Zulassung einer Gewissensvertretung nach dem Ablaufe jener Frist unstatthaft zu seyn, weil der Exonerationsbeweis, materiell betrachtet, nichts Anderes ist, als ein directer Gegenbeweis.

Vergl. über das Ganze:

Gensler im Arch. I. S. 155 flg.

Dr. Ans. Debes, Beiträge zu der Lehre von dem Verhältn. des freiwill. ger. Eides zu den nothw. Eiden. Würzb. 1835.

Besonders:

Bolgiano im Archiv für civil. Prax. Bd. XXXIII. S. 43 flg. und in der

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Bd. VII. S. 276 flg. u. S. 302 flg.

Von dem richterlichen Erkenntnisse nach beendigtem Beweisverfahren.

§. 301.

Die endliche Entscheidung des Processes hängt von der Prüfung und Abwägung des geführten Beweises, und, — wenn Beweis und Gegenbeweis geführt worden sind, — von der Anwendung derjenigen Grundsätze ab, welche über die Nothwendigkeit des Gegenbeweises, und über das Verhältniß desselben zum Hauptbeweise gelten.

Die möglichen Fälle sind hiebei folgende:

I. Es ist nur Hauptbeweis, und gar kein Gegenbeweis, weder ein directer, noch ein indirecter, geführt worden. In diesem Falle kommt es darauf an, ob der Hauptbeweis vollständig hergestellt, oder nur zum Theile gelungen oder gänzlich mißlungen ist.

In dem ersten Falle ist für den Beweisführer zu erkennen; — in dem zweiten auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid; — in dem dritten endlich gegen den Beweisführer; — ausgenommen, wenn der ganz oder zum Theile mißlungene Beweis ein anticipirter war, für welchen bisher keine peremtorische Frist vorgeschrieben wurde, in welchem Falle noch auf besseren Beweis erkannt werden muß.

II. Es ist Hauptbeweis und directer Gegenbeweis geführt worden. Hier ist vor Allem der Grundsatz zu bemerken, daß sich Beweis und Gegenbeweis von gleicher Kraft, insofern sie in Ansehung desselben Satzes mit einander collidiren, gegenseitig aufheben. Daraus folgt:

1) daß, wenn Beweis und Gegenbeweis gleich stark ausgefallen sind, immer definitiv gegen den Hauptbeweisführer zu erkennen ist. Denn hier geht dem angegebenen

Grundsatze zufolge der Hauptbeweis durch den Gegenbeweis gänzlich auf, und es kommt daher die Regel zur Anwendung: „actore non probante reus absolvitur." — Noch viel mehr muß dieß geschehen, wenn

2) der Gegenbeweis stärker ist, als der gelieferte Hauptbeweis. Ist dagegen

3) der Hauptbeweis stärker, als der Gegenbeweis, so wird entweder der Erfüllungs- oder Reinigungseid auferlegt, je nachdem das Uebergewicht des Hauptbeweises größer oder geringer ist.

Zwar ist unter Bezugnahme auf das Röm. und canon. Recht

Fr. 21. §. 3. D. 22. 5.
c. 32. X. 2. 20.

für den Fall eines Haupt- und Gegenbeweises durch Zeugen behauptet worden, daß der Hauptbeweis, wenn er vollständig gelingt, und außerdem auch noch — entweder durch die innere Wahrscheinlichkeit der ihn begründenden Zeugenaussagen, oder durch die größere Anzahl der Zeugen ein Uebergewicht über das Resultat des Gegenbeweises für sich hat, — durch den Gegenbeweis gar nicht geschwächt werde, selbst dann nicht, wenn gleich auch der letztere vollständig gelungen wäre; so daß unter dieser Voraussetzung auch ohne die vorgängige Auflage eines nothwendigen Eides sofort die definitive Verurtheilung des Beklagten erfolgen müsse; — und dieselbe Ansicht ist auch auf den Fall eines Haupt- und Gegenbeweises durch Urkunden ausgedehnt worden.

Gesterding, Nachforsch. IV. 2. S. 136 flg.

(Man hat dieses Princip das Bevorzugungsprincip genannt, im Gegensatze zu dem Subtractionsprincipe, welches der gewöhnlichen Ansicht zu Grunde liegt.

Bolgiano, Vergl. Darstell. II. S. 232. not. 1.)

Allein, wenn auch zugegeben werden muß, daß zuweilen das Uebergewicht des Hauptbeweises über den (auch vollständig gelieferten) Gegenbeweis aus den angeführten Gründen so groß seyn kann, daß der Richter die Auflage des Erfüllungs- oder Reinigungseides nicht mehr für nothwendig hält, so kann doch ohne offenbaren Widerspruch mit der Natur der Sache, und mit der in den Gesetzen selbst ausgesprochenen Regel, daß in diesem Gebiete Alles von dem freien Ermessen des Richters abhängen, und daß der Richter, wenn er es zu seiner Beruhigung nothwendig fände, zur Auflage eines Notheides berechtigt seyn soll, — gewiß nicht behauptet werden, daß im Falle eines solchen Uebergewichts, ohne alle Rücksicht auf die Importanz desselben, jedesmal sofort die definitive Verurtheilung des Beklagten erfolgen müsse.

Schmid, Hdb. II. S. 419. not. 5.

Bolgiano a. a. O. S. 237 flg.

Bei der Prüfung und Abwägung des beiderseits gelieferten Beweises ist übrigens zu unterscheiden, ob gleichartige oder verschiedenartige Beweismittel collidiren.

A. In dem ersten Falle hat der Richter zunächst a) die individuelle Glaubwürdigkeit und Tüchtigkeit eines jeden Beweismittels, und b) die Erheblichkeit des durch dasselbe gelieferten Resultats zu prüfen. Außerdem kommt auch namentlich bei dem Zeugenbeweise c) die innere Wahrscheinlichkeit der Aussagen und d) die Anzahl der gleichförmig deponirenden Zeugen in Betracht. — Das Gesammtresultat dieser mehrseitigen Prüfung wird sodann den Richter von selbst in den Stand setzen, zu beurtheilen, ob sich Beweis und Gegenbeweis einander vollständig aufheben, oder ob auf der einen oder anderen Seite ein Uebergewicht vorhanden ist.

Da übrigens der directe Gegenbeweis (abgesehen von dem Falle, in welchem er nur auf die Untüchtigkeit oder Verdächtigkeit der Hauptbeweismittel gerichtet ist) dasselbe Thema, wie der Hauptbeweis, nur von der negativen Seite aufgefaßt, zum Gegenstande hat; und da die beiderseits vorgeschlagenen Beweismittel, insofern der Grundsatz der communio auf dieselben anwendbar ist, eine gemeinschaftliche Ueberzeugungsquelle für den Richter sind: so ist bei jener Prüfung darauf, von welcher Seite ein Beweismittel vorgeschlagen wurde, kein entscheidender Werth zu legen, so daß z. B. ein von dem Hauptbeweisführer producirter Zeuge, wenn er direct gegen den Producenten aussagt, eben sowohl als Gegenbeweiszeuge in Anschlag kommt, als wenn ihn der Product vorgeschlagen hätte. Zum Schlusse ist noch zu bemerken, daß wenn gegenseitig der Beweis durch Sachverständige geführt worden ist, die bisher aufgestellten Regeln nicht zur Anwendung kommen, sondern die für diesen Fall schon früher entwickelten eigenthümlichen Grundsätze.

S. oben S. 825.

Fortsetzung.

§. 302.

B. Wenn Hauptbeweis und directer Gegenbeweis nicht durch gleichartige, sondern durch verschiedenartige Beweismittel geführt worden sind, z. B. durch Zeugen und Urkunden, so ist zwar zunächst allerdings, wie bei gleichartigen Beweismitteln, die individuelle Glaubwürdigkeit

eines jeden Mittels, und die Erheblichkeit des durch dasselbe gewonnenen Resultats zu prüfen. Allein außerdem ist im Falle einer Collision auch noch auf das Rangverhältniß der collidirenden Beweismittel Rücksicht zu nehmen.

Ueber dieses Rangverhältniß gelten aber folgende allgemeine Regeln:

1) Ein förmlich abgelegtes gerichtliches Geständniß geht allen anderen Beweisen vor. Selbst dann, wenn sich ein Schuldner durch die Leistung des zugeschobenen Eides von der in Frage stehenden Verbindlichkeit freigeschworen, hinterher aber gerichtlich eingestanden hätte, daß er jene Verbindlichkeit jetzt dennoch als bestehend anerkenne, weil er den Eid nur aus Irrthum abgelegt habe, würde dieses Geständniß dem Eide vorgehen. — Dasselbe würde auch der Fall seyn, wenn eine Partei früher die Richtigkeit einer thatsächlichen Behauptung des Gegners zugestanden, nachher aber durch andere Beweismittel, — sey es auch durch den Augenschein — vollständig dargethan hätte, daß das abgelegte Geständniß mit der objectiven Wahrheit nicht übereinstimmte. — Nur der Gegenbeweis eines unverschuldeten Irrthums vermag das gerichtliche Geständniß zu entkräften; allein in diesem Falle kann eigentlich von einer Collision der confessio mit anderen Beweisgründen nicht die Rede seyn.

S. oben S. 696 u. 697. dann S. 703.

2) Ein in Folge einer zulässigen Delation oder Relation gehörig abgeleisteter Schiedeseid geht ebenfalls (abgesehen von dem unter I. berührten Falle eines von dem Juranten nachher abgelegten gerichtlichen Geständnisses) allen übrigen Beweisen vor, weil die Eidesdelation als ein Act der bedingten Verzichtleistung ohne Rücksicht auf den wahren Sachverhalt zu betrachten ist. Uebrigens wird es kaum irgend einmal vorkommen, daß sich eine Collision des

Eides mit den Ergebnissen eines anderen Beweises z. B. durch Zeugen oder Urkunden, in Ansehung derselben Behauptung schon vor dem Endurtheile in den Acten vorfindet. Denn cumulativ darf ja der Eid mit anderen Beweismitteln nicht deferirt und benützt werden; und ebenso wenig ist nach der Herstellung eines gewöhnlichen vollständigen Beweises einer Behauptung noch die Delation des Eides über das Gegentheil dieser Behauptung; oder umgekehrt nach geleistetem Eide die Antretung eines gewöhnlichen Beweises gegen die Wahrheit des beschworenen Satzes zulässig; ausgenommen dieser Gegenbeweis wäre zugleich auf einen wissentlichen Meineid gerichtet. Ein solcher Meineidsbeweis kann aber nach gemeinem Rechte zwischen dem Zeitpunkte der Eidesleistung und der Urtheilsfällung gar nicht vorkommen, weil das Urtheil in der Hauptsache eventuell schon in dem Decrete, welches die Eidesleistung anordnet, ausgesprochen werden soll; — sondern erst nach der Purification des Urtheils in der Form einer Anfechtung des letzteren ex cap. perjurii. — Ein Eid für eine Behauptung, und ein anderer Beweis für das Gegentheil jener Behauptung könnte nur dann schon in denselben Acten zusammentreffen, wenn der Producent den Beweis einer Behauptung principaliter durch gewöhnliche Beweismittel, z. B. durch Zeugen, — zugleich aber eventuell durch Eidesdelation angetreten; nachher aber, und zwar nachdem der gewöhnliche Beweis bis zu einem gewissen Grade gelungen wäre, auf diesen Beweis renuncirt, — und die Eidesdelation allein vorgeschoben hätte; und wenn nun der Eid von dem Gegner wirklich geleistet worden wäre. — In diesem Falle würde jedoch auf das Resultat des gewöhnlichen Beweises schon wegen der in Mitte liegenden Renunciation kein Gewicht mehr zu legen seyn.

3) Was den Augenschein betrifft, so ist jedenfalls außer Zweifel, daß, wenn das vollständig relevante Resultat einer in gehöriger Form vorgenommenen Ocularinspection mit den Ergebnissen eines Beweises durch Zeugen, Urkunden oder Vermuthungen in Widerspruch stehen sollte, jenes Resultat ganz allein, ohne durch die entgegenstehenden Beweise im Geringsten geschwächt zu werden, den Ausschlag gibt. Denn durch den Augenschein gelangt der Richter zum eigenen, unmittelbaren Wissen, während die anderen genannten Beweisgründe nur einen höheren oder geringeren Grad des Glaubens in ihm zu bewirken vermögen. — Mit dem freiwilligen Eide kann aber der Augenschein nicht in Collision gerathen. Denn ist zuerst geschworen worden, so kommt auf die objective Wahrheit nichts mehr an. Ein Gegenbeweis durch Augenschein ist also nicht mehr zulässig. — Ist aber der Augenschein vorausgegangen, so findet über das Gegentheil des dadurch gewonnenen Resultats die Eidesdelation nicht mehr Statt. — In ähnlicher Weise verhält sich die Sache auch mit dem gerichtlichen Geständnisse. Denn das gerichtliche Geständniß kann als formeller Beweisgrund, als ein Act der Renunciation durch den bloßen Beweis der Unwahrheit nicht entkräftet werden. — Sollte aber jene Partei, welcher das Ergebniß des Augenscheins zur Seite stünde, hinterher doch gerichtlich das Gegentheil als wahr erklärt haben, so würde diese Erklärung als eine Verzichtleistung auf ihr Recht zu beurtheilen seyn.

4) Wenn die Aussagen von Kunstverständigen mit der Angabe von Zeugen oder mit dem Inhalte vorgelegter Urkunden in Widerspruch stehen, so kommt es darauf an, was in concreto den Zweck der Beweisauflage bildete, ob die technische Beurtheilung eines gewissen Verhältnisses, oder die Erforschung der Wahrheit einer

sinnlich erkennbaren Thatsache. In dem ersten Falle kommt bloß das Gutachten der Sachverständigen in Betracht. Eine entgegenstehende Urkunde würde nur dann auch zu berücksichtigen seyn, wenn sie gleichfalls ein — in dieser Form zulässiges Gutachten über denselben Gegenstand enthielte. — In dem zweiten Falle hingegen haben unbedingt die Zeugenaussagen den Vorzug, wenn die Zeugen das zu beweisende Factum selbst wahrgenommen haben, während die Kunstverständigen ihre Aussage über dieses Factum nur auf eine Vermuthung gründen können. Wenn daher die Aechtheit einer Urkunde durch zwei verdachtfreie Zeugen, welche bei der Ausstellung der Urkunde zugegen waren, eidlich bestätigt wird, so kommt dagegen der von den Schreibverständigen bei einer Schriftvergleichung geäußerte Zweifel an der Aechtheit nicht in Betracht.

5) Zeugen und Urkunden werden zwar in Ansehung ihrer Beweiskraft in den Gesetzen überhaupt einander gleichgestellt.

c. 15. C. 4. 21.

c. 10. X. 2. 22.

Die c. 1. C. 4. 20 kann als eine lex restituta hiegegen nicht angeführt werden.

Indessen sind doch hiebei verschiedene Modificationen zu bemerken. Wenn nämlich

a) die Urkunde, deren Inhalt mit gehörig geleisteten Zeugenaussagen in Widerspruch steht, nur ein außergerichtlich niedergeschriebenes Zeugniß enthält, so ist sie ohne entscheidendes Gewicht.

S. oben S. 838 und 839.

Enthält sie aber ein von einem Gerichte oder von einer hiezu ermächtigten Behörde in gehöriger Form ausgefertigtes öffentliches Zeugniß über eine von der ausstellenden Behörde selbst wahrgenommene

Thatsache, so ist die Urkunde den Zeugenaussagen vorzuziehen, insofern diese nur einfach die Existenz jener Thatsache widersprechen. Wenn jedoch die Zeugen specielle Umstände angeben, aus welchen die Unächtheit oder die Verfälschung der Urkunde folgt; oder, wenn sie nur einen in der öffentlichen Urkunde nicht berührten Umstand bekräftigen, so ist dem Zeugenbeweise mehr Gewicht beizulegen.

Vgl. §. 12. J. 3. 19.
c. 18. C. 4. 19.
Nov. 73. c. 3.
S. oben S. 840 u. S. 397.
A. M. Gensler im Arch. IV. S. 284 c.

b) Enthält eine von dem Beweisführer producirte Urkunde ein von dem Proceßgegner selbst abgelegtes außergerichtliches Geständniß, und der letztere hat die objective Unrichtigkeit des Geständnisses durch Zeugen nachgewiesen, so kommt es darauf an, ob die Urkunde ein förmliches Schuldbekenntniß mit ausdrücklicher Beifügung des Entstehungsgrundes der Schuld enthält, oder nicht. — In dem ersten Falle soll nach Röm. Rechte der Zeugenbeweis gar nicht in Betracht kommen;

fr. 25. §. 4. D. 22. 3.
c. 13. C. 4. 30.
Vgl. jedoch c. 14. X. 2. 22.
S. oben S. 713 u. 714.

in dem zweiten Falle aber hat der Richter die Collision ebenso zu beurtheilen, als wenn sich bloß Zeugen einander gegenüberstünden, vorausgesetzt, daß nicht etwa durch die Reprobatorialzeugen ein Irrthum bei der Ausfertigung der Urkunde, oder eine Verfälschung derselben nachgewiesen wurde, in

welchem Falle der Urkundenbeweis gar nicht in die Wagschale zu legen ist.

c) Wenn gegen eine sogenannte dispositive Urkunde (s. oben S. 844) ein Gegenbeweis durch Zeugen geführt wurde, so kommt es darauf an, ob dieser Gegenbeweis über die Einrede der Simulation, eines Betruges, einer Verfälschung der Urkunde, oder eines wesentlichen Irrthums geführt wurde, oder bloß einfach über die Behauptung, daß die in der Urkunde ausgedrückte Willenserklärung nicht stattgefunden habe. In dem ersten hat zwar der Zeugenbeweis (wenn derselbe gelungen ist) unbedingt den Vorzug; allein hier ist eine Collision im eigentlichen Sinne gar nicht vorhanden, weil die beiden Beweise auf verschiedene Thatsachen gerichtet sind. In dem zweiten Falle hingegen ist (anerkannte Aechtheit der Urkunde vorausgesetzt) der Gegenbeweis durch Zeugen wirkungslos. (S. oben S. 844.)

d) Außerdem ist a) durch besondere gesetzliche Verordnung der Gegenbeweis durch Zeugen für unwirksam erklärt gegen eine eidlich bekräftigte Urkunde, in welcher der Aussteller seine Großjährigkeit versichert hatte;

c. 3. C. 2. 43.

und b) findet sich in fr. 10. D. 22. 3 die Bemerkung „census et monumenta publica potiora esse testibus," welche gewöhnlich so verstanden wird, daß bei dem Beweise öffentlicher Abgaben die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen sollen.

Gensler im Arch. IV. S. 283.

6) Wenn mehrere Vermuthungen mit einander collidiren, so gehen die Rechtsvermuthungen den einfachen vor;

obgleich die letzteren bei einem wider die praesumtio juris geführten Gegenbeweise auch in Betracht kommen können, insofern nicht etwa die Rechtsvermuthung eine s. g. praesumtio juris et de jure ist. — Ueber das Rangverhältniß einfacher, unter sich collidirender Präsumtionen lassen sich aber keine sicheren allgemeinen Regeln aufstellen, obgleich dieß früherhin nicht selten versucht worden ist (vergl. z. B. J. Menochius de praesumtion.); sondern hierüber muß in vorkommenden Fällen die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen werden.

Ueber die in diesem §. berührten Collisionsfälle vergl.:

J. H. Boehmer de collisione prob. Hall. 1707 (auch abgedruckt in dessen exercit. ad Pandect. tom. IV. exercit. 65).

Ejusd. Jus eccles. protest. lib. II. tit. XIX. §. 14 bis 38.

Martin Lehrb. (12. Aufl.) §. 191.

Gensler im Arch. für civ. Prax. IV. S. 280—285.

v. Linde Lehrb. (7. Aufl.) §. 321.

Bolgiano, vergleichende Darstellung des gem. und bayer. Civilproc. II. S. 232 bis 252. — Eine ausführlichere Erörterung dieser Lehre von demselben Verfasser s. in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß Band XIII. S. 331 flg.

Fortsetzung.

§. 303.

III. Wenn gegen den Hauptbeweis ein sog. indirecter Gegenbeweis geführt worden ist, so kann von einer gegenseitigen Aufhebung oder Schwächung der Beweise nicht die Rede seyn, weil man unter dem indirecten Gegenbeweise den Beweis der Einrede gegen die Klage, der Replik gegen die Einrede u. s. w. versteht, also dieser sog. Gegenbeweis ein ganz anderes Thema hat, als der Hauptbeweis, und daher mit dem letzteren gar nicht zusammenstößt. — In diesem Falle ist daher jeder der beiden Beweise gesondert aufzufassen, und mit dem ihm gegenüberstehenden directen Gegenbeweise nach den im vorigen §. aufgestellten Regeln zu prüfen. — Die Frage aber, wie in einem solchen Falle in der Hauptsache selbst zu erkennen sey, muß im Allgemeinen nach den bekannten Grundsätzen über das Verhältniß der Einreden (und folglich auch des Einredebeweises) zur Klage (und dem Klagebeweise) beantwortet werden, gemäß welchen

a) Einrede und Beweis derselben gar nicht als nothwendig erscheinen, wenn der Beweis der Klage gänzlich mißlungen ist, weil in diesem Falle nach der Regel: actore non probante etc. ohnehin in der Hauptsache gegen den Kläger erkannt werden muß;

b) dagegen aber eine auch vollständig bewiesene Klage durch eine bewiesene Einrede wieder entkräftet wird.

Das Urtheil kann in Folge der Anwendung dieser beiden Grundsätze nach der Verschiedenheit der Resultate der beiderseitigen Beweisführung sehr verschieden ausfallen.

Abstrahirt man von dem Falle, in welchem außer dem Beweise der Klage, und einer dagegen vorgeschützten Einrede auch noch der Beweis einer wahren Replik gegen die Einrede, und vielleicht selbst noch der Beweis einer wahren Duplik gegen die Replik geführt worden ist, so ergibt sich folgende casuistische Uebersicht:

A. Der Hauptbeweis ist gänzlich mißlungen. In diesem Falle braucht man den indirecten Gegenbeweis gar nicht mehr zu prüfen, sondern es kann ohne weiters gegen den Hauptbeweisführer erkannt werden, weil der Beklagte wider eine nicht bewiesene Klage gar keiner Einrede bedarf, nach der Regel: actore non probante reus absolvitur.

B. Der Hauptbeweis ist vollkommen gelungen. Ist hier a) auch der indirecte Gegenbeweis vollständig geliefert, so muß gegen den Hauptbeweisführer erkannt werden, weil durch eine bewiesene Einrede auch eine bewiesene Klage vereitelt wird. Ist b) der Gegenbeweis völlig mißlungen, so ist für den Hauptbeweisführer zu erkennen. Ist endlich c) der Gegenbeweis unvollständig ausgefallen, so ist rücksichtlich des Gegenbeweises der Erfüllungs- oder der Reinigungseid aufzulegen.

C. Der Hauptbeweis ist unvollständig geliefert worden.

Hier ist weiter zu unterscheiden:

a) Der Gegenbeweis ist vollständig.

In diesem Falle ist ohne weiters gegen den Hauptbeweisführer zu erkennen, weil ja selbst im Falle eines vollständig gelieferten Hauptbeweises eben so erkannt werden müßte.

Die Auflage eines nothwendigen Eides in Ansehung des Hauptbeweises findet daher in diesem Falle nicht statt; ausgenommen das der Einrede

zu Grunde liegende Recht könnte auch mit einer selbständigen Klage verfolgt werden, wie dieß z. B. bei der Einrede der Compensation zutrifft. In diesem Falle könnte der Beklagte allerdings darauf bestehen, daß, wenn der Klagebeweis unvollständig geliefert wurde, zunächst auf den entsprechenden nothwendigen Eid erkannt werde, weil auf diese Art vielleicht die Abweisung der Klage bewirkt wird, ohne zu diesem Zwecke die bewiesene Einrede verbrauchen zu müssen, wodurch dem Beklagten die Möglichkeit entzogen würde, seinen Gegenanspruch noch durch eine Klage geltend zu machen.

b) Ist der Gegenbeweis völlig mißlungen, so muß in Ansehung des Hauptbeweises auf den Erfüllungs- oder auf den Reinigungseid erkannt werden.

Ist endlich

c) der Gegenbeweis auch unvollständig geliefert, so kommt es auf den Grad der Unvollständigkeit an, welcher auf beiden Seiten vorhanden ist. — Die möglichen Fälle sind hiebei folgende:

aa) Der Beweis ist auf beiden Seiten mehr als halb geliefert. — Unter dieser Voraussetzung muß beiden Parteien der Erfüllungseid aufgelegt werden. — Der Hauptbeweisführer muß sich aber zuerst über dessen Annahme erklären. Nimmt er den Eid an und leistet er denselben, dann kommt erst die Reihe an den Reprobanten. — Recusirt aber der Hauptbeweisführer das suppletorium, so braucht der Reprobant gar nicht mehr zu schwören, weil durch die Recusation des Ersteren der Haupt-

beweis vernichtet wird, und folglich die Regel zur Anwendung kommt: actore non probante etc.

bb) Der Beweis ist auf beiden Seiten weniger als halb geliefert. In diesem Falle ist beiden Theilen der Reinigungseid aufzulegen. — Hier muß sich aber der Reprobant zuerst über die Annahme erklären. Acceptirt und schwört er das purgat., so fällt der Reinigungseid auf Seite des Hauptbeweisführers als unnütz hinweg, weil durch den Eid des Reprobanten der Hauptbeweis annullirt wird, und folglich der Beweis der Einrede ohnehin nicht mehr in Betracht kommt. Recusirt aber der Reprobant das purg., so kann er dessen ungeachtet noch darauf bestehen, daß sich der Hauptbeweisführer über den ihm auferlegten Eid erkläre. Denn die Recusation von Seite des Reprobanten hat zwar die Folge, daß der Hauptbeweissatz als eingestanden angenommen wird; allein dem auf solche Art in Gewißheit gesetzten Hauptangriffe (z. B. der Klage) steht doch noch einiger Beweis der Einrede entgegen, welcher sich durch die Verweigerung des dagegen zu leistenden Reinigungseides ebenfalls in vollen Beweis durch Geständniß verwandeln könnte; und dann müßte nach der Regel, daß eine eingestandene Klage durch eine eingestandene peremtorische Einrede entkräftet wird, doch gegen den Hauptbeweisführer erkannt werden, obwohl der Gegenbeweisführer seinerseits den Reinigungseid recusirt hatte.

cc) Der Beweis ist auf jeder Seite gerade halb geliefert worden.

In diesem Falle hat der Richter sowohl bei dem Klagebeweise, als bei dem Einredebeweise die oben

S. 913 unter 1, 2 u. 3 angeführten Regeln zu Hülfe zu nehmen, um sich darüber schlüssig zu machen, welcher Partei in Ansehung der Klage, welcher in Ansehung der Einrede der nothwendige Eid aufzulegen sey. Die Anwendung jener Regeln wird nicht selten zu dem Resultate führen, daß derselben Partei beide Eide aufzulegen sind, z. B. dem Kläger der Erfüllungseid hinsichtlich der Klage, und der Reinigungseid hinsichtlich der Einrede; oder umgekehrt dem Beklagten das suppletor. über die Einrede, das purgator. über die Klage. Im Falle eines solchen Zusammentreffens beider Eide in einer Person ist jedoch zu bemerken, daß der Beklagte zwischen beiden Eiden wählen kann, während der Kläger immer beide schwören muß. Dieser letzte Umstand hat im Hinblicke auf den Grundsatz, daß die Eide nicht ohne Noth vervielfältigt werden sollen, in der neuesten Zeit zu dem Lehrsatze Veranlassung gegeben, daß in dem Falle, wenn auf beiden Seiten gerade halber Beweis geliefert wurde, immer dem Beklagten elective beide Eide aufzulegen seyen; m. a. W. es ist die Rücksicht auf Eidesersparung für einen dringenderen Anhaltspunkt erklärt worden, als die Rücksicht auf ein geringes Mehr von Sachkenntniß und selbst von persönlicher Glaubwürdigkeit.

Bolgiano in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. VIII. Bd. Hft. 3. S. 359.

Allein gegen diese Ansicht entsteht vorzüglich in dem Falle ein gegründetes Bedenken, wenn das Gericht den Kläger als einen rechtschaffenen und gewissenhaften Mann kennt, während der Leumuth des Beklagten notorisch, z. B. in Folge früherer

Verurtheilung desselben wegen verübter Betrügereien, getrübt ist. Allerdings wird nämlich auch in diesem Falle ein Eid erspart, wenn man den Beklagten vorzieht, während der Kläger beide Eide zu schwören hätte. Es scheint aber doch weniger bedenklich zu seyn, zwei Eide ohne die Gefahr eines Meineides zuzulassen, als einen mit dieser Gefahr, und die Regel „perjuria vitanda sunt," (welche in der gewöhnlichen Theorie der Rücksicht auf die persönliche Glaubwürdigkeit zu Grunde liegt) verdient doch wohl den Vorzug vor der „juramenta non sunt multiplicanda." — Uebrigens wird sich in der Folge zeigen, daß das Eidesersparungssystem in einem andern Falle allerdings ohne Gefahr angewandt werden kann.

dd) Der Probant hat weniger, der Reprobant hat mehr, als halben Beweis geliefert. In diesem Falle ist dem Reprobanten zugleich der Reinigungs- und der Erfüllungseid aufzulegen. Er hat aber die Wahl zwischen beiden. Schwört er das purg., so wird dadurch der Hauptbeweis (z. B. der Klage) annullirt, und dann braucht er den Gegenbeweis (z. B. der Einrede) nicht mehr zu ergänzen.

Leistet er aber das supplet. (in Beziehung auf die Einrede), so ist es nicht mehr nothwendig, das purg. in Ansehung der Klage zu übernehmen, weil durch eine vollbewiesene Einrede auch eine zugestandene Klage vereitelt wird.

ee) Der Reprobant hat weniger, der Probant mehr als halben Beweis geliefert. Hier fallen beide Eide zugleich auf den Probanten. Er hat aber die Wahl nicht, sondern muß beide leisten,

um nicht sachfällig zu werden; und zwar zuerst das supplet. zur Ergänzung seines Hauptbeweises, sodann das purg., um den auch der nun erwiesenen Klage immer noch nachtheiligen Beweis der Einrede zu entkräften.

ff) Der Probant hat gerade halben Beweis geliefert, der Reprobant mehr als halben.

In diesem Falle kann unbedenklich das Eidesersparungsprincip angewandt, und ohne Rücksicht auf die S. 913 angeführten Regeln dem Beklagten immer, außer dem ihm ohnehin zustehenden Erfüllungseide hinsichtlich der Einrede, auch der Reinigungseid hinsichtlich der Klage aufgelegt werden. Denn wenn sich auch der Richter, — abgesehen von dem Einredebeweise, — wegen der besseren Sachkenntniß, oder wegen der größeren persönlichen Glaubwürdigkeit des Klägers bewogen finden könnte, diesem in Ansehung der Klage den Erfüllungseid aufzulegen, so würde doch der Kläger dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, als wenn dem Beklagten beide Eide aufgelegt werden, weil der Beklagte doch in einem wie in dem andern Falle mit dem supplet. hinsichtlich der Einrede die Hinterhand hat, und durch die Ableistung desselben auch die suppletorisch beschworne Klage entkräften kann.

Bolgiano a. a. O. S. 358.

gg) Der Probant hat gerade halben, der Reprobant weniger als halben Beweis geliefert.

Hier muß jedenfalls hinsichtlich der Einrede dem Kläger das purgatorium aufgelegt werden. — Ob der Kläger auch zu dem supplet. in Ansehung der Klage zuzulassen, oder ob nicht vielmehr dem Beklagten hinsichtlich der Klage das purgator.

aufzulegen sey, hängt von den S. 913 angegebenen Rücksichten ab. Das Eidersparungsprincip ist in diesem Falle ohne Erfolg, weil, wenn man auch dem Kläger immer ohne andere Rücksicht auch den Erfüllungseid auflegen würde, er doch, um seinen Zweck zu erreichen, beide Eide leisten müßte.

hh) Hat der Probant mehr als halben, der Reprobant aber gerade halben Beweis hergestellt, so ist jedenfalls dem Probanten der Erfüllungseid bezüglich des Hauptbeweises aufzulegen. Ueber den hinsichtlich des Einredebeweises zu wählenden Notheid entscheiden wieder die S. 913 angeführten Regeln. Das Eidersparungsprincip ist auch hier unanwendbar, weil jedenfalls beide Eide geschworen werden müßten.

Sollte endlich

ii) ein weniger als halb gelieferter Hauptbeweis einem gerade halb gelieferten Einredebeweise gegenüberstehen, so ist jedenfalls dem Reprobanten das purg. gegen den Hauptbeweis zu geben. Ob aber hinsichtlich des Einredebeweises auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen sey, hat der Richter ebenfalls wieder nach den S. 913 bestimmten Rücksichten zu bemessen.

Vergl. über das Ganze:

v. Gönner, Hdb. II. Abh. 41. §. 11 und Abh. 42. §. 6 flg.

Gensler im Arch. IV. S. 285 flg.

Bolgiano, vergl. Darst. S. 252 flg.

Periode der Rechtsmittel.

Begriff.

§. 304.

Unter Rechtsmittel im weitesten Sinne versteht man überhaupt jedes Mittel zur Wahrung oder Geltendmachung eines Rechtes. In diesem Sinne werden auch Klagen, Einreden, Repliken u. s. w. Rechtsmittel genannt. Im processualischen Gebiete wird aber diesem Ausdrucke auch noch eine engere Bedeutung beigelegt, gemäß welcher man dabei zunächst nur an die Geltendmachung eines Beschwerderechts gegen den Richter oder gegen richterliche Handlungen denkt. Ja nicht einmal alle Mittel, welche zu diesem Zwecke gebraucht werden können, werden als Rechtsmittel im eigentlichen Sinne bezeichnet, sondern nur einige derselben. — Dieser engste und eigentliche Begriff der Rechtsmittel ergibt sich aber aus folgender Entwickelung:

Im Allgemeinen kann der Richter einer Partei auf doppelte Art Anlaß zu einer Beschwerde geben: entweder I. durch Unthätigkeit oder Saumseligkeit in der Erfüllung seiner Amtspflichten; oder II. durch eine diesen Pflichten nicht entsprechende Thätigkeit. Letzteres ist wieder auf verschiedene Art möglich. Es kann 1) geschehen durch eine aus böser Absicht, oder aus Irrthum entstandene ungerechte Entscheidung der streitigen Frage selbst; oder 2) durch eine Verletzung der vorgeschriebenen Formen des gerichtlichen Verfahrens; oder endlich 3) durch ungebührendes persönliches Benehmen gegen eine Partei, bei Gelegenheit der gepflogenen Verhandlung, wenn auch ohne Einfluß auf das Urtheil oder die Proceßleitung. — Außerdem, und

abgesehen von diesen Fällen, in welchen durchgehends dem Richter etwas zur Last gelegt wird, kann sich aber eine Partei zuweilen auch bloß durch das objective Mißverhältniß seines Ausspruches zu dem materiellen Recht verletzt fühlen, ohne dabei dem Richter ein persönliches Verschulden beizumessen.

Nach gemeinem Rechte sind nun der sich verletzt glaubenden Partei in allen diesen Fällen Mittel geboten, um der Beschwerde abzuhelfen: 1) in dem Falle einer Justiz-Verweigerung oder Verzögerung die querela deneg. oder protact. justitiae; — 2) gegen irrthümliche Entscheidungen der Streitfrage selbst die Appellation (oder Revision); 3) gegen absichtlich ungerechte Urtheile auch noch die s. g. Syndicatsklage, unter Umständen auch die Nichtigkeitsbeschwerde; — 4) gegen Verletzungen der Formen des gerichtlichen Verfahrens, — außer der Appellation, — wenn die verletzte Form bloß auf positiven gesetzlichen Bestimmungen beruhte, die s. g. Beschwerde über heilbare; — wenn sie aber auf allgemeinen, naturwesentlichen Grundsätzen beruhte, — die Beschwerde über unheilbare Nichtigkeit; — 5) gegen persönliche Verunglimpfung Beschwerde bei dem zuständigen Obergerichte, unter Umständen auch die Injurienklage; — endlich 6) gegen materiell ungerechte Urtheile ohne Verschulden des Richters die Appellation und die restitutio in integrum.

Vergleicht man nun diese verschiedenen Mittel, deren sich die Parteien bedienen können, so findet sich, daß einige derselben den Zweck haben, die Aufhebung oder Abänderung der beschwerenden Verfügung, verbunden mit einer rechtlichen Einwirkung auf das Verhältniß des Proceßgegners hervorzubringen; während andere entweder diesen Zweck gar nicht haben, oder doch wenigstens ohne Einfluß auf das Verhältniß der Gegenpartei bleiben. Nur die Mittel

der ersten Art pflegt man jetzt Rechtsmittel im eigentlichen Sinne zu nennen; nicht auch die der letzteren Art. — Als eigentliche Rechtsmittel werden demnach nur bezeichnet: die Appellation (und die unter verschiedenen Benennungen in manchen Ländern vorkommenden Surrogate derselben, z. B. die Revision, Läuterung, Supplication u. dgl.), die Nichtigkeitsbeschwerde, und das Mittel der rest. i. i. —

Dagegen die Beschwerde über verweigerte oder verzögerte Justiz, — die Syndicatsklage, sowie die Beschwerden und Klagen wegen persönlicher Ungebühr des Richters werden von dem Gebiete der eigentlichen Rechtsmittel ausgeschlossen.

Vgl. Martin, Lehrb. §. 274.
v. Gönner, Hdb. III. Abh. 56.
Heffter, Syst. §. 433.
v. Linde, Handb. IV. Bd. §. 1—3.
Schmid, Handb. III. §. 225.

Eintheilung der eigentlichen Rechtsmittel.

§. 305.

Den bisher üblich gewordenen Eintheilungen der eigentlichen Rechtsmittel liegt entweder die Rücksicht auf die Regelmäßigkeit ihres Vorkommens, oder auf gewisse eigenthümliche Wirkungen zu Grunde, welche sie hervorbringen können. — In der ersteren Beziehung unterscheidet man ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel, und versteht unter den ordentlichen solche, welche regelmäßig jedesmal gebraucht werden können, so oft man sich durch irgend eine richterliche Verfügung verletzt fühlt; unter

außerordentlichen aber die, welche nur unter gewissen besonderen, nur seltener vorkommenden Voraussetzungen anwendbar sind. Den ersten Anspruch auf das Prädicat eines ordentlichen Rechtsmittels in diesem Sinne hat die Appellation. Da jedoch in manchen Ländern mit der Appellation auch andere Rechtsmittel unter verschiedenen Benennungen electiv concurriren (z. B. die Revision, Supplication u. dgl.), so werden auch diese den ordentlichen Rechtsmitteln beigezählt. Als außerordentliche Rechtsmittel in diesem Sinne erscheinen aber die Nichtigkeits-Beschwerde und das Rechtsmittel der restit. i. i. — Sehr oft wird übrigens die Eintheilung in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel auch durch eine andere Rücksicht motivirt. Im Allgemeinen gilt nämlich die Regel, daß ein Urtheil, wenn zehn Tage nach dessen Verkündigung verstrichen sind, unanfechtbar seyn soll, und nur ausnahmsweise wird auch später noch eine Anfechtung zugelassen. Im Hinblick auf diesen Grundsatz nennt man nun ordentliche Rechtsmittel diejenigen, welche binnen der regelmäßigen Frist von zehn Tagen gebraucht werden müssen; außerordentliche aber die, welche ausnahmsweise auch später noch stattfinden. Das Resultat ist übrigens dasselbe, man möge nun diesen oder den zuerst angegebenen Gesichtspunkt vorziehen, d. h. auch nach dem letzteren Eintheilungsgrunde erscheinen die Appellation und deren particularrechtliche Surrogate als ordentliche Rechtsmittel; die Nullitätsbeschwerde und die restit. i. i. aber als außerordentliche. Nur ist nach dieser Auffassung auch noch die Beschwerde über s. g. heilbare Nullitäten den ordentlichen Rechtsmitteln beizuzählen.

Mit Rücksicht auf die Wirkungen theilt man aber die Rechtsmittel ein 1) in devolutive und nicht devolutive, je nachdem sie die Prüfung und Entscheidung der erhobenen Beschwerde an einen Richter höherer Instanz

bringen (causam devolvunt ad judicem superiorem), oder diese Prüfung demselben Gerichte (oder einer in Folge der Actenversendung substituirten Facultät) überlassen, von dem die beschwerende Verfügung ausgegangen ist; —

2) in suspensive und nicht suspensive Rechtsmittel, je nachdem sie den Vollzug des angefochtenen Urtheils oder der angefochtenen Verfügung vor der Hand hemmen oder nicht.

Vgl. über diese Eintheilungen:
Martin, Lehrb. §. 275.
v. Gönner, Hdb. III. Abh. 56. §. 11.
Heffter, Syst. §. 434.
v. Linde, Lehrb. §. 379.

Von den ordentlichen Rechtsmitteln.

Von der Appellation.

Begriff und Eigenthümlichkeit.

§. 306.

Unter Appellation verstehen wir das ordentliche Rechtsmittel, wodurch ein höheres Gericht aufgefordert wird, ein von einem subordinirten Untergerichte erlassenes Decret zu prüfen, und abzuändern. — Das Auszeichnende dieses Rechtsmittels in Vergleich mit den übrigen besteht darin, daß dasselbe immer devolutiv ist, d. h. daß dadurch die Sache jedesmal an eine höhere Instanz gebracht wird, während sie bei den übrigen entweder in derselben Instanz bleiben muß oder doch bleiben kann.

Die Gestalt, in welcher die Appellation jetzt im gemeinen Processe vorkommt, hat dieselbe theils durch die

oft unrichtige Anwendung Röm. Grundsätze, theils durch den Einfluß des canonischen Rechts erhalten, welches letztere dieses Rechtsmittel noch weit mehr, als das Römische begünstigte. — Bei den Römern selbst ist die Appellation als Beschwerdeführung gegen Urtheile in Civilsachen bei einem höheren Richter erst während der Kaiserregierung ausgebildet worden. Die alte provocatio ad populum, von der sich schon in der Periode der königlichen Herrschaft ein Beispiel findet, und welche nachher durch mehrere leges bestätigt wurde, scheint nur wegen ungerechter Strafverfügungen eines magistratus gegen einen Röm. Bürger stattgefunden zu haben. Der Versuch aber, den Ausspruch oder die Verfügung einer Obrigkeit durch die Intercession einer andern zu vereiteln, unterschied sich darin von der Appellation der späteren Zeit, daß die Intercession nicht nothwendig durch einen höheren magistratus geschehen mußte (obwohl der Ausdruck „appellare" auch für diesen Versuch schon vorkommt), so wie durch den Umstand, daß durch die Intercession nur der Vollzug einer Verfügung verhindert, nicht aber eine andere materielle Verfügung an deren Stelle gesetzt wurde.

S. F. Car. Conradi scripta minora ed. Lud. Pernice. Hal. 1823. vol. I. p. 3—86.

Zimmern, Geschichte des Röm. Privatr. III. Bd. §. 169 flg.

Bethmann-Hollweg, Hdb. des Civilproc. I. Abth. I. Bd. S. 347 flg.

v. Savigny, Syst. VI. Bd. Beil. XV.

Keller, Röm. Civilproc. II. S. 349 flg.

Wetzell, Syst. S. 544 flg.

Die Annahme der Römischen Bestimmungen über dieses Rechtsmittel in Deutschland fand übrigens um so weniger ein Hinderniß, als auch schon nach germanischem

Rechte ein Urtheil „gescholten," und dadurch an ein anderes Gericht gezogen werden konnte, obgleich allerdings zwischen dem „Urtheilschelten" und der Appellation im Sinne des Römischen Rechts ein wesentlicher Unterschied stattfand.

Eichhorn, d. St. u. R. G. II. §. 385. (3. Ausg.)
Dr. G. Phillips Grds. des gem. d. Privatr. 2. Aufl. Bd. I. S. 53.

Zulässigkeit der Appellation.

§. 307.

Die Bedingungen der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels lassen sich im Allgemeinen kurz in folgenden Sätzen zusammenfassen. — Wenn die Appellation stattfinden, d. h. wenn nicht schon aus formellen Gründen die Zurückweisung derselben erfolgen soll, so muß

I. eine bestimmte richterliche Verfügung, ein Urtheil oder ein Decret vorliegen, wogegen sie ergriffen wird;
II. diese Verfügung muß für den Appellanten eine Beschwerde (ein gravamen) enthalten;
III. die Verfügung darf nicht bereits rechtskräftig seyn; und
IV. das Rechtsmittel darf nicht etwa wegen der Beschaffenheit oder wegen der Unerheblichkeit der Sache gesetzlich ausgeschlossen seyn. Außerdem wird auch noch
V. vorausgesetzt, daß die Berufung von einer dazu berechtigten Person ergriffen, und
VI. an das für den gegebenen Fall zuständige Obergericht dirigirt wurde.

Zu I.

§. 308.

Die erste Voraussetzung hat einen doppelten Sinn. Sie soll nämlich

1) ausdrücken, daß, — so lange eine Partei nur besorgt, durch eine richterliche Verfügung gekränkt zu werden, ihr aber diese Verfügung noch nicht förmlich eröffnet oder publicirt ist, eine Appellation dagegen nicht stattfindet. Wer Ursache zu haben glaubt, dem Richter ein befangenes Urtheil in der Sache zuzumuthen, kann zwar von dem Mittel der Perhorrescenz Gebrauch machen, aber nicht appelliren. — Eine bloß aus Furcht vor einem nachtheiligen Urtheile anticipirte, s. g. blinde Appellation wird nicht beachtet; d. h. die Publication des Urtheils wird dadurch nicht verhindert, und wenn die Partei durch den Inhalt des publicirten Urtheils wirklich verletzt zu seyn glaubt, so ist sie durch jene Anticipation der Verbindlichkeit nicht enthoben, das Rechtsmittel neuerdings einzuwenden. Vgl. jedoch oben S. 419. Das canonische Recht läßt zwar auch eine appellatio a *futuro* gravamine:

Clem. 3. 2. 12.

ja sogar eine *generalis* appellatio super omni gravamine, quod possit inferri zu, wenn sie nur in diesem letzteren Falle auf eine bestimmte causa beschränkt wird.

c. 18. X. 2. 28.

Vgl. c. 2. X. eod.

Diese Ausdehnung hat jedoch in Deutschland nicht Eingang gefunden.

v. Linde im Arch. für civ. Prax. Bd. XIX. S. 2. u. 3.

Außerdem hat aber

2) das erste Erforderniß auch noch die Bedeutung, daß die Appellation nicht für den Fall einer willkürlichen Justizverweigerung oder einer Saumseligkeit des Richters eingeführt ist (in welchem Falle vielmehr die querela denegatae vel protractae justitiae stattfindet), sondern nur für den Fall einer positiven, auf rechtlicher Erwägung

beruhenden Thätigkeit desselben. — Hiebei versteht sich jedoch von selbst, daß eine in der Form und unter dem Namen der Appellation eingekleidete Beschwerde über verweigerte oder verzögerte Justiz deßhalb nicht unwirksam bleibt.

Von welcher Beschaffenheit übrigens das Decret ist, gegen welches eine Partei die Berufung ergreifen will, d. h. ob dieses Decret das *Endurtheil* in der Hauptsache selbst (sentent. definitiva) oder nur ein *Zwischenbescheid* (sent. interlocutoria) oder nur ein *einfaches Decret* ist, — darauf kommt nach dem jetzigen gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche nichts an. —

Die gesetzlichen Quellen des gemeinen Proceßrechtes beschränken zwar die Appellation auf das Endurtheil, und lassen sie gegen Interlocute nur ausnahmsweise in zwei Fällen zu, nämlich 1) wenn das Interlocut die Kraft eines Endurtheils haben, oder 2) eine solche Beschwerde enthalten sollte, welcher durch eine spätere Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könnte. — Allein in der Praxis wird diese Beschränkung nicht mehr beobachtet. — Der Inhalt der gesetzlichen Quellen über diesen Punkt verdient übrigens eine genauere Erörterung, welche im folgenden §. mit specieller Rücksicht A) auf das Römische, B) auf das canonische Recht, und C) auf die deutschen Reichsgesetze gegeben werden soll.

§. 309.

A) *Römisches Recht.* Um Proceßverzögerungen zu vermeiden, welche unstreitig durch Zwischenappellationen begünstigt werden, stellte schon das ältere Röm. Recht den Grundsatz auf, daß nur gegen Endurtheile (definit. sentent.), nicht auch gegen bloße Interlocute (articuli, oder prae-

judicia) appellirt werden könne. Von diesem Grundsatz, welcher auch von den ersten christlichen Kaisern wiederholt eingeschärft wurde, fanden nur wenige Ausnahmen statt, wohin namentlich der Fall gehörte, wenn der Richter eine peremtorische Einrede verworfen hatte.

Vergl. c. 1. 2 und 3. Cod. Theod. 11. 36. (von Constantin).
c. 5. 11. C. Th. ibid. (von Constantius).
c. 15. 16 und besonders c. 18. ibid. (von Valentinian und Valens), worin unter Bezug auf das jus antiquum die Ausnahmen angeführt sind, und womit zu vergleichen ist Fr. 2. D. 49. 5.
S. noch c. 23 und 24. C. Theod. 11. 36.

In der Folge, noch vor dem Ende des ersten Jahrhunderts nach Constantin scheint man zwar in der strengen Anwendung dieses Grundsatzes nachgelassen zu haben;

c. 40. 42 und 44. C. Theod. 11. 30.

allein Justinian stellte denselben wieder her.

c. 16. C. 3. 1.
c. 16. C. 7. 45.
c. 36. C. 7. 62. vergl. mit c. 6. pr. u. c. 21. eod.
Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. I. S. 351 flg.

Daß aber doch noch Ausnahmen gestattet wurden, muß man daraus schließen, daß Justinian ein Fragment von Scävola (Fr. 2. D. 49. 5.) in die Sammlung aufnehmen ließ, worin es heißt: *Ante* sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit. Diese Stelle darf übrigens wohl nicht so allgemein verstanden werden, wie es gewöhnlich geschieht, und auch in den früheren Ausgaben gegenwärtiger Vorträge geschehen ist; sondern ist nur auf den Fall einer quaestio (peinlichen Frage, Tortur) zu beschränken.

Vergl. Fr. 20. D. 48. 18. — Außerdem ist auch noch in Fr. 39. pr. D. 4. 4. (ebenfalls von Scävola) von einer Appellation gegen eine sententia de aetate die Rede, welche zum Behufe einer zu erlangenden restit. in integr. erwirkt worden war.

S. auch noch c. 16. C. 7. 45.

c. 30. C. 7. 62.

B) Das canonische Recht folgte in dieser Hinsicht den Vorschriften Justinians nicht, sondern begünstigte vielmehr den Gebrauch der Appellation auf jede mögliche Art, und ließ dieses Rechtsmittel gegen alle beschwerenden Verfügungen eines Richters, ohne Unterschied zwischen Definitivurtheilen und Interlocuten zu.

c. 5 und besonders 12. X. 2. 28.

c. 1. in 6. 2. 15.

Vergl. c. 12. in 6. 2. 15.

Auch gestattete dasselbe die Appellation wegen solcher Beschwerden, welche Jemanden von dem Richter außer einem anhängigen Processe zugefügt worden waren (appellatio extrajudicialis), wovon übrigens auch schon im Röm. Rechte mehrere Beispiele vorkommen.

Cl. 3. 2. 12.

S. darüber: Linde in s. Zeitschr. Bd. IV. S. 226 flg. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 351.

Erst das Tridentinische Concilium beschränkte die Appellation gegen Interlocute auf solche Fälle, in welchen das Interlocut entweder die Kraft eines Endurtheils hätte, oder eine solche Beschwerde enthielte, welcher durch eine künftige Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könnte.

Conc. Trid. Sess. 24. c. 20.

Linde (in s. Handb. Bd. IV. S. 88. not. 7.) dehnt wegen der Verbindung beider Sätze „vim defini-

tivae habente et cujus gravamen etc." die Beschränkung noch weiter aus; was aber doch wohl zu bezweifeln ist.

C) In den deutschen Reichsgesetzen war diese Beschränkung schon vor dem Tridentinischen Concilium bestimmt ausgesprochen, und wurde auch späterhin noch bis zu dem J. R. A. herab wiederholt bestätigt.

C. G. O. 1495. §. 20.

C. G. O. 1555. II. 28. §. 6. II. 29. §. 3 und 4. III. 31. §. 10 und 11.

R. A. v. 1570. §. 91.

R. D. A. v. 1600. §. 113.

J. R. A. §. 58.

Die geschriebenen Quellen des gemeinen Rechtes führen demnach zu dem Resultate, daß die Appellation gegen Interlocute zwar erlaubt ist, jedoch nur in so fern, als das beschwerende Decret eine interlocutoria vim definitivae habens ist, oder ein solches gravamen enthält, welches durch die künftige Appellation gegen die defin. sentent. nicht mehr gehoben werden kann.

Diese beiden Fälle, in welchen ausnahmsweise eine Appellation gegen ein Interlocut gestattet wurde, sind wahrscheinlich durch Generalisirung der in Fr. 2. D. 49. 5. und Fr. 39. pr. D. 4. 4. enthaltenen singulären Vorschriften entstanden. Vergl. die Glosse zu diesen beiden Stellen. — C. G. O. 1555. Thl. II. Tit. 28. §. 6. u. f. „wie das in den kaiserl. Rechten geordnet ist."

Allein die Unbestimmtheit dieser gesetzlichen Gränze zwischen appellablen und nicht appellablen Interlocuten oder Decreten, und die Schwierigkeit auszumitteln, auf welche Zwischenbescheide die angeführten Merkmale anwendbar seyen, hatten die Folge, daß in der Praxis gewöhnlich noch die Bestimmungen des canonischen Rechts vor dem Trident.

Concilium in dieser Hinsicht befolgt, und Appellationen gegen alle richterlichen Decrete ohne Unterschied zugelassen werden.

S. Mittermaier, der gem. d. Proc. Beitr. III. S. 28.

Vergl. *Boehmer J. E.* Pr. II. 28. 10.

Abweichend v. Gönner Hdb. III. Abh. 61. §. 29.

Reinhardt Handb. II. §. 350.

Vergl. Linde in s. Zeitschrift Bd. IV. S. 1 flg. und S. 217 flg.

Dessen Handb. Bd. IV. §. 32 flg.

Indessen ist doch zwischen der Appellation gegen Endurtheile, oder solche Interlocute, welche die Kraft eines Endurtheils haben, — und gegen andere Decrete, sowohl was die Nothwendigkeit des Gebrauches des Rechtsmittels, als das dabei zu beobachtende Verfahren betrifft, ein merklicher Unterschied, weßhalb in dem Nächstfolgenden ausschließend nur von der Appellation gegen definitive und diesen gleichgestellte Erkenntnisse gehandelt, die Eigenthümlichkeit der Appellation gegen andere richterliche Decrete aber später in einem eigenen Anhange nachgeholt werden soll.

Zu II.

§. 310.

Wenn gesagt wird, daß die richterliche Verfügung, — um Gegenstand einer Appellation seyn zu können, — eine Beschwerde (gravamen) enthalten müsse, so ist dieß nicht so zu verstehen, als wenn die Beschwerde wirklich begründet seyn müßte, sondern es genügt, wenn auch die Partei nur glaubt und behauptet, durch die Verfügung verletzt zu seyn. Von dem wirklichen Begründetseyn der

Beschwerde hängt zwar der Erfolg, nicht aber auch die Zulässigkeit des Rechtsmittels ab, von welcher hier allein die Rede ist. —

Sollte übrigens das Decret zweideutig abgefaßt seyn, und die Partei dasselbe sogleich in dem für sie ungünstigen Sinne auffassen, so kann sie auch unbedenklich dagegen die Berufung ergreifen. — Wenn sie aber erst erfahren will, wie es der Richter eigentlich gemeint habe, so erscheint die Appellation nicht als das geeignete Mittel zu diesem Zwecke, weil in diesem Falle die Partei zur Zeit noch gar nicht behauptet, wirklich verletzt zu seyn.

S. oben S. 417 flg.

Der Grund der Beschwerde kann aber überhaupt von zweifacher Art seyn. Entweder glaubt nämlich A) die Partei, daß der Richter bei der betreffenden Verfügung einen Fehlgriff gemacht habe; oder sie hält B) seinen Ausspruch aus einem solchen Grunde für materiell ungerecht, wegen dessen sie ihm keinen Vorwurf machen kann. — Der Fehlgriff, welchen die Partei dem Richter in dem ersten Falle zur Schuld legt, kann aber wieder von doppelter Art seyn. Entweder beschuldigt sie ihn nämlich, daß er a) eine wesentliche, oder gesetzliche Form des Verfahrens verletzt, oder außer Acht gelassen, — also einen Verstoß in *procedendo* gemacht; — oder, daß er b) in der materiellen Beurtheilung der Streitfrage selbst fehlgegriffen, also in *judicando* geirrt habe. — Die Zulässigkeit der Appellation gegen irrige Urtheile, sey es nun, daß sie auf einer unrichtigen Auslegung der auf den concreten Fall passenden Gesetze, oder auf der Anwendung unpassender Gesetze, oder auf einer unrichtigen Auffassung der in Frage stehenden Thatsachen, oder endlich auf einer unrichtigen Würdigung der geführten Beweise beruhen, ist keinem Zweifel unterworfen. Aber auch die

Verletzung der Formen des Verfahrens muß (weil man dieses Rechtsmittel gegen Decrete aller Art zuläßt) als Rechtfertigungsgrund der Appellation anerkannt werden, obgleich gegen Fehlgriffe dieser Art auch die Beschwerde über heilbare oder unheilbare Nichtigkeit gebraucht werden kann. — Der zweite Fall (Lit. B.), in welchem sich eine Partei gegen das Urtheil beschweren kann, ohne dem Richter einen Vorwurf zu machen, tritt aber ein bei der s. g. appellatio ex capite novorum, von welcher ausführlicher zu handeln ist.

Fortsetzung.

Von der Begründung der Beschwerde durch neues Vorbringen.

§. 311.

Es kann sich ereignen, daß eine Partei erst nach der Bekanntmachung des richterlichen Urtheils einen Umstand entdeckt, welcher, wenn sie ihn schon in den vorausgehenden Verhandlungen hätte geltend machen können, den Richter bewogen haben würde, anders und zwar günstiger für sie zu erkennen. Nach dieser Entdeckung muß der Partei das publicirte Urtheil auch als materiell ungerecht und beschwerend erscheinen, obgleich sie dem Richter deßhalb keinen Vorwurf machen kann, weil er in Gemäßheit der Verhandlungsmaxime auf einen Umstand, der nicht von dem Betheiligten selbst zur gehörigen Zeit vorgebracht

wurde, nicht Rücksicht nehmen durfte. Um nun in einem solchen Falle der Beschwerde abzuhelfen, stände zwar der Partei ohnehin schon ein Rechtsmittel zu Gebot, nämlich das Rechtsmittel der restit. in integr. Allein nach gemeinem Rechte ist es ihr auch gestattet, sich zu demselben Zwecke der Appellation zu bedienen, wenn sie nur die Fatalien und Förmlichkeiten dieses Rechtsmittels beobachtet.

Vergl. aus dem Röm. Rechte:

c. 6. C. 7. 62.

c. 4. C. 7. 63.

c. 37. in f. C. 7. 62.

aus dem canon. Rechte:

c. 10. X. 2. 22.

und aus den deutschen Reichsgesetzen:

C. G. O. 1500. XV. §. 9 u. 10.

C. G. O. 1507. Art. III. §. 11. vgl. mit Art. II. §. 8.

C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 33. §. 3. flg.

Concept. Thl. III. Tit. 38. §. 15.

D. A. v. 1600. §. 114.

J. R. A. §. 64. 73. 74 u. 118.

Diese Befugniß, welche man das beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi zu nennen pflegt, kann jedoch nur dann als eine besondere Begünstigung betrachtet werden, wenn das neue Vorbringen thatsächliche Momente enthält. Denn daß der Appellant bei der Rechtfertigung seiner Beschwerden das factische Streitverhältniß, wie solches in den Acten der vorigen Instanz festgestellt wurde, aus einem neuen juristischen Gesichtspunkte auffassen, daß er zur Unterstützung der für ihn günstigen Auffassung Gesetze und wissenschaftliche Autoritäten anführen kann, auf welche er sich in der vorigen Instanz noch nicht berufen hatte, versteht sich von selbst; und es wird selten eine Appellation vorkommen,

deren Ausführung nicht gerade in solchen wenigstens theilweise neuen rechtlichen Deductionen besteht. — Eine bloß auf früher nicht benützte Rechtsgründe oder nicht citirte Gesetze gebaute Berufung kann überhaupt nicht als eine appellatio ex capite novorum bezeichnet werden, weil es für den Richter kein novum in jure gibt, oder wenigstens geben soll; und daher in der Hinweisung auf Rechtsgründe und Gesetze, welche der Richter in den Entscheidungsgründen seines Urtheils nicht beachtet hatte, ein Vorwurf gegen denselben enthalten ist, in Folge dessen die Berufung unter den im vorigen §. lit. A. b. angedeuteten Gesichtspunkt fällt. Nur dann, wenn sich der Appellant auf ein erst nach der Publication des Urtheils promulgirtes Gesetz berufen würde, welches in seiner Sache einen günstigeren Ausschlag gäbe, als das früher geltende Gesetz, würde von einer appell. ex capite novor. die Rede seyn können, welche aber wegen der Unstatthaftigkeit der Rückanwendung neuer Gesetze ohne Erfolg bleiben müßte.

Eine Appellation wegen neuer thatsächlicher Momente ist übrigens auf zweifache Art möglich. — Der Appellant kann nämlich entweder

1) ganz neue factische Behauptungen aufstellen, welche, wenn sie bewiesen werden, vermöge ihres Einflusses auf das bestrittene Rechtsverhältniß eine andere für den Appellanten günstigere Entscheidung erwarten lassen; — oder

2) er kann nur über schon früher aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptungen neue Beweismittel in Vorschlag bringen.

Gesetzlich erlaubt ist Eines wie das Andere;

c. 4. C. 7. 63.

„novis adsertionibus utendi .... et *probationes*, quae illo quidem tempore defuerint praebendi.“

C. G. O. 1555. III. 33. §. 3.

„etwas Neues, denn in erster Instanz einkommen, fürzubringen, oder Dasjenig, so in voriger Instanz fürbracht, noch weiter darthun und beweisen"

nur sind dabei gewisse Beschränkungen vorgeschrieben, welche in beiden Fällen nicht vollkommen übereinstimmen. — Wenn nämlich

zu 1) der Appellant neue Behauptungen aufstellt, so muß er

a) eidlich bekräftigen „daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechtes dienlich und nothwendig sey."

J. R. A. §. 73.

Im Röm. Rechte kommt dieser Eid noch nicht vor; auch im canonischen Rechte ist derselbe noch nicht allgemein vorgeschrieben; denn c. 4 in 6to 1. 6 handelt nur von einem singulären Falle;

v. Linde, Handb. IV. Bd. §. 135.

endlich ist dieser Eid auch den älteren Reichsgesetzen noch unbekannt; denn die C. G. O. v. 1507. Art. III. §. 8 handelt nur von dem gewöhnlichen Calumnieneide, welcher auf Begehren bei jeder Appellation auch ohne nova, wie in erster Instanz geschworen werden mußte (vergl. C. G. O. 1507 Art. 1 §. 5), und dasselbe gilt auch von der C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 32. §. 6. Erst der J. R. A. hat diesen Calumnieneid jedesmal, auch ohne Begehren einer Partei sub poena desertionis für nothwendig erklärt, und zugleich vorgeschrieben, daß demselben

in Ansehung der etwa vorgebrachten neuen Behauptungen (welche bei der Justification des Rechtsmittels speciell angeführt werden müssen — J. R. A. §. 64. Vergl. Gemein. Bescheid v. 13 Dec. 1593 und D. A. v. 1600 §. 114) der oben angeführte Zusatz „daß Appellant seines angegebenen neuen An- und Vorbringens u. s. w." beigefügt werden soll.

J. R. A. §. 118.

b) Wenn Der, welcher in der vorigen Instanz Kläger war, auf dem Grunde neuer Behauptungen die Berufung ergreift, so dürfen diese Behauptungen nicht etwa eine wesentliche Veränderung der ursprünglich gestellten Klage enthalten. In diesem Falle würde die Berufung unzulässig seyn, wenn gleich der Appellat zur Leistung des unter lit. a. bezeichneten Eides erbötig wäre, weil dadurch dem Beklagten ohne Noth eine Instanz entzogen würde, indem die veränderte Klage ohne Gefahr einer Vereitlung durch die exceptio rei judicatae sofort in erster Instanz angebracht werden kann.

C. G. O. v. 1507 Art. III. §. 14.

C. G. O. v. 1555 Thl. III. Tit. 33. §. 5.

Diese Beschränkung ist ohne Zweifel schon aus dem Röm. Rechte abgeleitet, welches in

c. 4. C. 7. 63.

nur solche novas adsertiones zugelassen wissen wollte „quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur, et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae."

Die Frage, ob (unter Voraussetzung des Anerbietens zu dem obenerwähnten Eide) auch neue Einreden (also auch neue Repliken, Dupliken u. s. w.) zuzulassen seyen, ist zwar bestritten. Nach den gesetzlichen Quellen des gemeinen Rechtes scheint jedoch die Bejahung dieser Frage

die überwiegenden Gründe für sich zu haben. Denn auch abgesehen davon, welches Gebiet denn für relevante novae *adsertiones* (im Gegensatze zu bloßen novis *probationibus*) noch übrig bliebe, wenn man neue Actionen, Exceptionen, Repliken u. s. w. ausschlösse, nennt das Röm. Recht in der c. 4. C. 7. 63. die exceptiones sogar ausdrücklich als zulässige nova. Der Zusatz „quae non ad novum capitulum pertinent etc." kann doch unmöglich so verstanden werden, daß die jetzt vorgebrachte Einrede keine andere seyn dürfe, als eine solche, welche schon in der vorigen Instanz angebracht worden war, weil in diesem Falle die ganze Bestimmung von den „*novae* exceptiones" inhaltlos und sich selbst widersprechend werden würde. Mit mehr Grund kann man sich für die entgegengesetzte Ansicht auf §. 37 und §. 78 des J. R. A. berufen, weil in dem §. 37 allgemein vorgeschrieben ist, daß der Beklagte alle Exceptionen in primo termino bei Strafe der Präclusion einbringen soll, — und weil §. 78 die spätere Zulassung einer Einrede von dem Eide des Beklagten abhängig macht, daß er „seines neuen Einbringens vorhin nicht Wissenschaft gehabt habe;" während der im §. 73 des J. R. A. vorgeschriebene Eid ungleich larer ist, indem er nicht bloß den Fall des früheren „Nichtwissens" berührt, sondern auch den Fall, daß es der Appellant nur nicht für dienlich oder nöthig erachtet habe, Das, was er jetzt anbringt, früher anzubringen. — Die Zusammenfassung dieser Stellen scheint zu dem Resultate zu führen, daß das Vorbringen neuer Exceptionen in zweiter Instanz wenigstens nicht um einen geringeren Preis erlangt werden könnte, als dieses noch in erster Instanz hätte geschehen können; d. h. daß der Beklagte, um in der Appellationsinstanz neue Exceptionen einzubringen, nicht

den im §. 73, sondern den in §. 78. vorgeschriebenen Eid zu leisten, also eidlich zu bekräftigen habe, daß er von der neuen Einrede früher keine Wissenschaft gehabt habe. Da jedoch eine neue exceptio unbestritten zur Begründung des außerordentlichen Rechtsmittels der rest. i. i. geeignet ist, und auch in diesem Falle der Implorant nicht praecise zu beschwören braucht, daß er früher von der Einrede nichts gewußt habe, sondern es auch schon hinreicht, wenn er nur eidlich bekräftigt, daß er „das neue Vorbringen zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeint" (Gem. Besch. v. 7 Juli 1669 und 1671), so ist nicht abzusehen, was damit gewonnen werden könnte, wenn man den Appellationseid bezüglich einer neuen Einrede strenger fassen würde, weil der Beschwerdeführer, wenn ihm die Appellation wegen Nichtleistung des strengeren Eides versagt werden müßte, hinterher doch immer zur Restitution seine Zuflucht nehmen könnte, sohin diese formelle Distinction doch nur eine zwecklose Verzögerung und Kostenvermehrung zur Folge hätte. — Daß die hier vertheidigte Ansicht den Vorwurf einer Inconsequenz gegen den J. R. A. enthält, ist zwar richtig. Da jedoch nicht angenommen werden kann, daß der Verfasser dieses Gesetzes bei der Redaction des §. 73. des in dem §. 37. aufgestellten Grundsatzes nicht mehr eingedenk gewesen sey, so bleibt nichts Anderes übrig, als die Annahme, daß er in dem Falle des §. 73. von jenem Grundsatze eine Ausnahme machen w o l l t e. — Consequenter und zweckmäßiger ist übrigens ohne Zweifel die Vorschrift einiger Particularproceßordnungen (z. B. das bayer. Cod. jur. judic. c. 15. §. 5. nro. 8), gemäß welcher der Appellant eidlich bekräftigen muß, daß das novum erst nach der Sentenz hervorgekommen, oder in Erfahrung gebracht worden ist. —

Die hier vertheidigte gemeinrechtliche Ansicht bezüglich des Vorbringens neuer Exceptionen wird jedoch von den neuesten Proceßlehrern beinahe einstimmig — entweder ganz mißbilligt, oder doch nur in beschränkterem Maaße angenommen.

Martin, Lehrb. (12. Aufl. §. 292).
v. Linde, Handb. IV. S. 502.
Heffter, System S. 547 flg.
Schmid, Handb. III. S. 418.

Für die hier vertheidigte Ansicht ist jedoch:

v. Gönner, Hdb. III. S. 278.
Vgl. auch Wetzell Syst. III. S. 595 flg.

Zu 2) Wenn aber das novum nicht in einer neuen selbständigen Behauptung, sondern nur in dem Vorschage eines neuen Beweismittels über eine schon in voriger Instanz aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptung besteht, so wird die Zulässigkeit desselben in dem Falle, wenn der Beweis in der vorigen Instanz freiwillig — (ohne peremtorische Beweisfrist) — anticipirt worden war, von keiner Seite in Zweifel gezogen, weil in diesem Falle eine Präclusion nicht im Wege steht. Auch ist in diesem Falle der Appellant nicht verbunden, den im §. 73. des J. R. A. vorgeschriebenen Eid zu leisten.

Vgl. §. 74. des J. R. A.
v. Linde, Lehrb. 7. Aufl. S. 507 nach Note 12.
Heffter, Syst. S. 548. not. 121.

Nur dürfen keine neuen Zeugen über solche Behauptungen mehr zugelassen werden, über welche schon in voriger Instanz Zeugen verhört, und deren Aussagen den Parteien eröffnet worden sind.

Clem. 2. (2. 8.)
S. oben S. 949.

Ob aber auf dem Wege der Appellation neue Beweismittel auch dann nachgeholt werden dürfen, wenn in der

vorigen Instanz eine peremtorische Beweisfrist festgesetzt war, ist wegen der in Mitte liegenden Präclusion ebenfalls wieder bestritten. Nach den reichsgesetzlichen Bestimmungen scheint jedoch auch die Bejahung dieser Frage mehr für sich zu haben. Denn wenn die Reichsgesetze in der peremtorischen Beweisfrist ein rechtliches Hinderniß der Zulassung erkannt hätten, so wäre nicht zu erklären, wie der J. R. A. zu der im §. 74. enthaltenen rückhaltlosen Bestimmung hätte kommen können, indem sich ja auch in dem reichsgerichtlichen Processe das Beweisverfahren in genau bestimmten Präjudicialterminen bewegte. — Die entgegengesetzte Ansicht, — welche neue Beweismittel nur dann zulassen will, wenn die Präclusion in voriger Instanz nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde, ist indessen allerdings in der neuesten Doctrin die vorherrschende.

Martin, Lehrb. a. a. O. not. f.

v. Linde, Handb. IV. S. 505 flg.

Schmid, Hdb. III. S. 419.

Dagegen aber:

Spangenberg, im Arch. IX. S. 52 flg.

Daß übrigens der Appellant, wenn er mit neuen selbständigen Behauptungen zur Rechtfertigung seiner Beschwerden zugelassen wurde, auch mit den zur Bewahrheitung derselben vorgeschlagenen Beweismitteln ohne alle weitere Beschränkung zugelassen werden müsse, versteht sich von selbst, weil außerdem die erste Concession durch bloßen Widerspruch des Gegners beliebig vereitelt werden könnte. —

Was endlich die Frage betrifft, ob das Rechtsmittel der Appellation auch dann zulässig sey, wenn das Urtheil der vorigen Instanz der damaligen Actenlage vollkommen gemäß war, und daher die Partei ihre Beschwerde nicht durch den Vorwurf eines von dem vorigen Richter

begangenen Versehens, sondern **bloß** durch die Bezugnahme auf ein novum zu rechtfertigen sucht, so wird dieselbe zwar nach röm. Rechte wegen der Wortfassung in

c. 37. in f. C. 7. 62.

(„novas etiam adsertiones *addi*" etc.)

und c. 4. C. 7. 63.

(„novis *etiam* adsertionibus utendi" etc.)

richtiger verneint.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 60. §. 14.

v. Linde, Handb. IV. S. 485 flg.

Vgl. jedoch Wetzell Syst. III. S. 597 not. 84.

Allein die Entscheidung des in

c. 10. X. 2. 22.

proponirten Falles beweist, daß das canonische Recht auch eine bloß ex capite novorum ergriffene Appellation für zulässig hielt, und in diesem Sinne ist auch von den höchsten Reichsgerichten öfter erkannt worden.

Vgl. v. Gönner, a. a. O. §. 13.

v. Linde, a. a. O. S. 487 u. 488.

A. M. ist jedoch Schmid im Hdb. III. S. 416. not. 18.

Zu III.

§. 312.

Die dritte oben (§. 307.) angeführte Bedingung der Zulässigkeit der Appellation besteht darin, daß die richterliche Verfügung, welche der Appellant angreifen will, nicht bereits rechtkräftig geworden seyn darf. — Die Rechtskraft eines Urtheils kann aber im Allgemeinen auf doppelte Art entstehen: entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung der Partei unter das Urtheil, oder unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift, ohne Rücksicht auf den

Willen der Parteien. — Von der Entstehung der Rechtskraft durch freiwillige Unterwerfung der Parteien ist bereits früher gehandelt worden.

S. oben S. 442 flg.

In Folge unmittelbarer Vorschrift tritt aber Rechtskraft ein,

a) wenn bereits in letzter Instanz erkannt ist, d. h. wenn kein Richter mehr existirt, an welchen man sich mit einer Beschwerde gegen das Urtheil wenden könnte.

Fr. 1. §. 1 u. 4. D. 49. 2.

Fr. 1. §. 1. D. 49. 1.

c. 2 u. 34. C. 7. 62.

b) Wenn über denselben Streitpunkt bereits drei gleichlautende Urtheile vorliegen (tres sententiae conformes faciunt rem judicatam), gesetzt auch, daß das dritte Erkenntniß noch nicht von der höchsten Instanz erlassen worden wäre.

In solchen Ländern, wo keine Rechtsmittel ohne Devolutiveffect bestehen, sondern nur die Appellation mit zwei Berufungs-Instanzen, hat freilich dieser Satz keinen praktischen Werth, weil jedesmal, so oft über denselben Punkt drei Urtheile vorliegen, das dritte schon deßhalb rechtskräftig ist, weil es eben von der letzten Instanz herrührt. Wo hingegen neben der Appellation auch noch s. g. bloße Suspensivmittel existiren, da kann es sich allerdings ereignen, daß in derselben Sache drei gleichlautende Urtheile erlassen werden, ehe noch die Sache an die höchste Instanz gekommen ist.

Die älteren Praktiker zählten zwar die in Folge eines bloßen Suspensivmittels ergangenen Erkenntnisse nicht ein, sondern nur diejenigen, welche in Folge einer eingelegten Berufung erlassen worden waren;

Mev. I. 63.

und das Reichskammergericht stimmte aus Besorgniß, daß sonst die Stände durch Vermehrung der Suspensivmittel in ihren Territorien ihre Untergebenen der Jurisdiction des höchsten Reichsgerichts entziehen könnten, dieser Ansicht bei.

Mynsinger obs. Cent. I. obs. 15.

Gaill obs. I. 72. nro. 3.

Pütter nov. epit. proc. imp. §. 179.

Allein die neueren Proceßlehrer machen keinen Unterschied hinsichtlich der gebrauchten Rechtsmittel, und legen daher drei gleichlautenden Urtheilen die Rechtskraft bei, gleichviel ob die beiden letzten durch die Appellation, oder durch ein bloßes Suspensivmittel hervorgerufen wurden.

Struben rechtl. Bed. II. 30.

Gensler Comment. S. 191.

Veranlassung zu dem angeführten Grundsatze gab übrigens schon das Röm. Recht durch die Vorschrift, ne liceat super iisdem capitulis tertio provocare (i. e. appellare);

c. un. C. 7. 70.

Nov. 82. c. 5.

d. h. wenn die nämliche Partei gegen denselben Entscheidungspunkt schon zweimal appellirt hätte, so sollte sie zum drittenmale nicht mehr appelliren dürfen, gesetzt auch, daß noch eine weitere Instanz dazu vorhanden wäre, was nach der neuern röm. Gerichtsorganisation allerdings zuweilen möglich war.

Bethmann-Hollweg Handb. I. S. 353 u. 354.

Diese Vorschriften hielten nun wahrscheinlich schon die Glossatoren,

Vgl. die gloss. ad c. un. C. 7. 70.

und ihnen folgend auch das canonische Recht

c. 65. X. 2. 28. (voc.: „*bis confirmata* etc.“)
Cl. 1. 2. 11.

für gleichbedeutend mit dem Satze: drei gleichlautende Urtheile sind rechtskräftig.

Richtig war nun freilich diese Meinung nicht. Denn es kann eine Partei bereits zweimal mit ungünstigem Erfolge gegen die nämliche Entscheidung appellirt haben, ohne daß darum die drei ungünstigen Erkenntnisse unter sich übereinstimmen. Selbst dann, wenn man (was auch allerdings richtiger scheint) annimmt, daß das Röm. Recht bei jener Vorschrift voraussetzte, daß die nämliche Partei zweimal appellirt habe, folgt daraus noch keineswegs, wie Einige glauben,

Linde Hdb. Bd. IV. S. 13 oben.

daß alle drei Entscheidungen gleichförmig seyn mußten, und ausdrücklich ist die Conformität der drei Urtheile im Röm. Rechte nicht gefordert.

Heise und Cropp Jurist. Abh. II. S. 183 flg.

Allein ungeachtet dieses Irrthums blieb es doch bei jener veränderten Fassung der Röm. Vorschrift, in welcher dieselbe auch in mehrere deutsche Particulargesetzgebungen übergegangen ist.

Zur Anwendbarkeit dieser Regel, wo sie noch gilt, wird übrigens jetzt nur noch erfordert, daß die drei Entscheidungen denselben Punkt betreffen, und unter sich übereinstimmen: nicht auch, daß sie unmittelbar auf einander folgten. Früherhin hielten einige Juristen wohl auch die unmittelbare Succession der drei Urtheile für nothwendig. Dadurch würde jedoch die Freiheit der Anfechtung richterlicher Urtheile beinahe ins Unendliche erweitert werden.

Danz, Grds. des ord. Pr. §. 422. Not. a.

c) Außerdem enthält das Röm. Recht die bestimmte Vorschrift, daß Derjenige, welcher zur Verhandlung einer Streitsache gehörig geladen, aber ungehorsam weggeblieben war, gegen das wider ihn ergangene Urtheil in der Hauptsache nicht soll appelliren dürfen.

Pauli S. R. V. 5. §. 7.
c. 1. Cod. Gregor. 10. 1.
Fr. 73. §. 3. D. 5. 1.
c. 1. C. 7. 65.
Nov. 82. c. 5.

Das gegen eine Partei wegen ihres beharrlichen Ungehorsams ergangene Erkenntniß ist demnach ebenfalls ipso jure schon rechtskräftig. Dieser Satz enthält zwar allerdings eine ganz unverhältnißmäßige Strafe der contumacia, indem der Ungehorsame dadurch gewissermaßen der Willkür des Richters preisgegeben wird. Daher haben auch neuere Proceßlehrer denselben auf verschiedene Art zu beschränken gesucht.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 61. §. 9—11.
v. Grolman, §. 213.
Linde, Hdb. IV. §. 56.
Vgl. Wetzell Syst. III. S. 550 b.

Allein das Röm. Recht scheint nach den angeführten Stellen wirklich jene Strenge beabsichtigt zu haben. Nur setzt dasselbe freilich nicht etwa bloß eine contumacia hinsichtlich einer einzelnen Proceßhandlung voraus, sondern einen fortwährenden Ungehorsam in Bezug auf das ganze Verfahren; und daß eine an sich schon ungültige Sentenz durch den Ausschluß der Appellation nicht gültig werden könne, versteht sich von selbst.

Lauterbach, Coll. lib. 49. Tit. 1. §. 20.

d) Wenn eine Partei die Entscheidung der ganzen Sache von einem Eide ihres Gegners abhängig

gemacht, und dieser wirklich geschworen oder den Eid verweigert hat, so kann das auf diesen Eid gebaute Erkenntniß ebenfalls nicht mehr angefochten werden.

c. 12. §. 3. C. 4. 1.

Vergl. noch über die Appellation eines confessus — Linde, Hdb. IV. S. 205 flg.

und über die Zulässigkeit der Appellation gegen sog. Inhäsivbescheide, Gönner, Hdb. III. Abh. 61. §. 13 bis 20 und Linde a. a. O. §. 57. S. 201 flg.

Zu IV.

§. 313.

Ueber die vierte oben §. 307. aufgestellte Bedingung der Zulässigkeit der Appellation sind folgende Sätze zu bemerken:

A. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (denn von geistlichen Sachen ist hier nicht die Rede, und eben so wenig von Criminal-, Polizei- und Verwaltungssachen) hat nach dem jetzt geltenden gemeinen Rechte die Qualität des concreten Streitverhältnisses keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der Appellation, d. h. dieses Rechtsmittel kann in allen Sachen ohne Unterschied gebraucht werden. — Nur wird demselben in gewissen später anzugebenden Fällen der s. g. Suspensiveffect versagt.

Nach Röm. Rechte scheint zwar gemäß den in den betreffenden Gesetzen gebrauchten Ausdrücken die Appellation in einigen Sachen gänzlich ausgeschlossen gewesen zu seyn, namentlich

a) gegen die obrigkeitliche Verfügung in Gemäßheit des Interdicts quorum bonorum;

c. 22. C. Theod. 11. 36.

(„*cessat licentia* provocandi")

b) gegen die Einweisung eines Testamentserben in den Besitz der Verlassenschaft;

c. 6. C. 7. 65. (in welcher die Annahme der Appellation sogar mit einer Geldstrafe bedroht wird);

c) in fiscalischen Sachen;

c. 4. u. 8. C. 7. 65.

(„*Abstinendum prorsus* ab appellatione") und

d) überhaupt in allen Fällen „si res dilationem non recipiat," oder „si ex perpetuo edicto aliquid decernatur"

fr. 7. pr. u. §. 1. D. 49. 5.

(„*Non permittitur* appellare.")

Da man aber auch in diesen Sachen und Fällen die thatsächliche Anrufung des Oberrichters doch nicht verhindern konnte, und der Oberrichter wegen der evidenten Erheblichkeit der Beschwerde sich der Sache vielleicht dennoch annahm, ohne deßhalb eine Rüge zu befürchten, so scheint schon dazumal die Sache so gestanden zu haben, wie sie jetzt steht. Insbesondere spricht für diese Annahme, wenigstens in Ansehung der Besitzstreitigkeiten de retinenda vel recup. possess. die Ausdrucksweise, deren sich die c. un. C. 7. 69. bedient.

„Etsi *appellatio interposita* fuerit, tamen lata sententia *sortitur effectum.*"

Selbst in Executionssachen ist die Appellation noch zulässig; — gegen den Inhalt des zu vollstreckenden rechtskräftigen Urtheils freilich nicht mehr; denn dieser kann nur noch durch außerordentliche Rechtsmittel angefochten werden: wohl aber gegen den Vollstreckungsact selbst, insoferne derselbe entweder die Gränzen des richter-

lichen Ausspruches überschreitet, oder mit der gesetzlich vorgeschriebenen Form und Ordnung der Execution nicht übereinstimmt.

fr. 4. pr. §. 1. D. 49. 1.
c. 5. C. 7. 65.
c. 15 in f. X. 2. 27.
c. 28. §. 3. X. 1. 29.

Jedoch sind im Falle einer solchen Appellation zur Sicherstellung des Siegers für den Fall, wenn das Rechtsmittel ohne Erfolg bleiben sollte, geeignete provisorische Maßregeln angeordnet.

c. 5. C. 7. 65.

Vergl. über die bisher angeführten Fälle:
v. Gönner, Handb. III. Abh. 61.
v. Linde, Handb. IV. §. 59. 60 u. 61.
Heffter, Syst. S. 533 u. S. 543.

B. Auf den Betrag oder Werth des durch das beschwerende Urtheil aberkannten Gegenstandes kam wenigstens nach dem neueren Röm. Rechte seit Constantin (c. 20. C. 7. 62), welchem nachher auch das canonische Recht folgte (c. 11. X. 2. 28), nichts an. (Zur Zeit der Pandektenschriftsteller scheint bei der appellatio ad principem in dieser Hinsicht eine Beschränkung bestanden zu haben.)

Fr. 10. §. 1. D. 49. 1.

Allein für die Berufungen an das Reichskammergericht wurde schon sehr bald eine sog. summa appellabilis festgesetzt, welche, um den immer mehr zunehmenden Andrang der Appellationen abzuhalten, von den ursprünglich dafür festgesetzten 50 Reichsgulden allmählich bis auf 400 Reichsthaler stieg.

C. G. O. 1521. Tit. 24.
C. G. O. 1555. II. 28. §. 4.

R. A. 1570. §. 66 u. 67.
D. A. 1600. §. 14.
J. R. A. §. 112 u. flg.

Nur bei Injuriensachen (insofern die Klage auf Widerruf gestellt war), bei Streitigkeiten über „Obrigkeiten, Gerechtigkeiten, Servituten, ewige unablösliche Gilten, Zinse und Nutzungen," so wie überhaupt bei solchen Sachen, „so nicht gewiß Achtung hätten," wurde eine Ausnahme gemacht, welche sich auch bis zu dem J. R. A. erhielt, abgesehen davon, daß in Bezug auf unablösliche Gilten, Zinse und Nutzungen seit dem R. A. von 1570 auch analoge Beschränkungen eintraten. (Vergl. noch J. R. A. §. 114.)

Bei der Untersuchung, ob in einem einzelnen Falle die Sache von dieser Seite zur Appellation geeignet sey oder nicht, sah man übrigens 1) nicht auf die summa *libelli*, sondern nur auf die summa gravaminis.

S. den G. B. v. 1603 im Corp. jur. cam. *Cramer* p. 564, welcher von der Visitation i. J. 1713 bestätigt worden ist.

Linde im Arch. für civ. Pr. XI. S. 206 flg.

2) Nach ausdrücklicher Vorschrift der vorhin allegirten Reichsgesetze sollte bei der Berechnung der Appellationssumme nur die Summe in Anschlag gebracht werden, wegen welcher sich der Appellant in Ansehung des Hauptobjects des Streites (des „Hauptgutes, Capitals") beschwert glaubte. Consequent hätte also der Betrag dessen, was etwa dem Appellanten in der Nebensache, d. h. an Zinsen, Interesse, Früchten und Proceßkosten aberkannt war, nicht zu der Beschwerdesumme in der Hauptsache hinzugerechnet werden dürfen, um die Appellationssumme herauszubringen. — Gleichwohl bestanden hierüber von jeher sehr verschiedene Meinungen.

S. darüber: Linde im Archiv f. civ. Prax. Bd. XI. S. 97.

Folgende Grundsätze dürften nach gemeinem Rechte das Meiste für sich haben:

a) Nebenforderungen, welche auf keinem selbständigen Verpflichtungsgrunde beruhen, sondern bloß als Accessorien der Hauptsache erscheinen, also namentlich die Kosten des vorliegenden Processes und Verzugszinsen dürfen bei der Berechnung der Appellationssumme nie in Anschlag gebracht werden; — selbst dann nicht, wenn deren Betrag für sich allein schon die summa appellabilis erreichen würde. — Was hingegen

b) solche Nebensachen betrifft, welche aus einem eigenen Fundamente entspringen, und daher auch mit einer besondern Klage verfolgt werden könnten, z. B. stipulirte Zinsen, so dürfen diese zwar nicht zur Ergänzung der Appellationssumme in der Hauptsache zugezählt werden; wenn sie aber für sich allein schon die Appellationssumme erreichen, so findet ihrer halber allerdings die Berufung statt. Noch weniger Anstand hat es, die Appellation zuzulassen, wenn rückständige, stipulirte Zinsen allein den Hauptgegenstand des Streites bildeten, und der Betrag, rücksichtlich dessen das Urtheil darüber als gravirend erscheint, die Appellationssumme erreicht.

S. besonders: Linde im Archiv f. civ. Pr. Bd. IX. S. 229 flg. u. XI. S. 91 flg.

3) Bei Streitigkeiten über unablösliche Gilt, Zinse oder Nutzungen kommt es darauf an, ob der Proceß die Zuständigkeit des zu Grunde liegenden Rechtes auf diese Leistungen selbst betrifft, oder nur die rückständig

gebliebenen Abgaben. In dem letzten Falle müssen die Rückstände, wegen welcher eine Partei Beschwerde führen will, zusammengenommen die Appellationssumme erreichen, wenn deßhalb die Berufung zulässig seyn soll. In dem ersten Falle hingegen werden die jährlichen Leistungen als Zinsen zu 4 vom Hundert angeschlagen, und nach dem sich hiernach ergebenden Capitale ist zu beurtheilen, ob die Appellationssumme vorhanden sey, oder nicht. — Nur dann soll die Appellation ohne Rücksicht auf die Summe zulässig seyn, wenn dergleichen Leistungen der Obrigkeit anhängig wären."

R. A. v. 1570. §. 67.

D. A. v. 1600. §. 14.

J. R. A. §. 112.

Linde Arch. für civ. Pr. XI. S. 213 flg.

4) Wenn in demselben Verfahren mehrere selbständige Forderungen cumulativ verhandelt, und in demselben Urtheile entschieden wurden, so findet ein Zusammenrechnen der einzelnen Beschwerdesummen nur dann statt, wenn die einzelnen Forderungen aus derselben Quelle entsprungen sind. Außerdem kommt jeder der cumulirten Ansprüche in dieser Hinsicht nur für sich allein in Betracht, da es ja nur zufällig ist, daß sie in eine äußere Verbindung gebracht wurden, und auch jeder isolirt hätte verfolgt werden können.

arg. Fr. 10. §. 1. D. 49. 1.

Linde im Arch. XI. S. 105 flg.

Ein Zusammenrechnen der Con- und Reconventionssumme zum Behufe der Ergänzung der summa appell. ist jedoch nicht zulässig.

Linde, a. a. O. S. 204 flg.

A. M. ist: J. Scholz, im Arch. für civ. Prax. XXI. S. 344 flg.

5) Wenn es **zweifelhaft** ist, ob der Gegenstand der Beschwerde seinem Geldwerthe nach die Appellationssumme erreicht oder nicht, so muß ein Schätzungsverfahren eingeleitet werden, wobei, nach ausdrücklicher Vorschrift der Reichsgesetze,

C. G. O. v. 1521. Tit. 24. §. 2. und
C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 4.

auch ein Eid des Appellanten zu Hülfe genommen werden darf. Daß der Appellat von der Theilnahme an diesem Verfahren auszuschließen sey, läßt sich nach allgemeinen processualischen Grundsätzen nicht rechtfertigen.

Linde, im Arch. f. c. Pr. Bd. XI. S. 222.
Vergl. **Scholz** in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll X. S. 161 flg.
Dagegen **Linde** ebendas. S. 185 flg.
Hierauf wieder:
Scholz a. a. O. XI. S. 416 flg.
Flach a. a. O. Bd. XII. S. 126 flg.
Hesse in der Zeitschrift von **Linde** und **Marezoll** Bd. XIII. S. 15 flg.
Zuletzt: **Linde**, ebendas. Bd. XV. S. 130 flg.

Was nun die Anwendbarkeit dieser reichsgesetzlichen Bestimmungen betrifft, so ist zwar so viel außer Zweifel, daß die Vorschriften über die **Größe** der Appellationssumme, von deren Daseyn die Zulassung der Berufung an die ehemaligen Reichsgerichte abhing, jetzt um so weniger eine verbindende Kraft haben können, als ihnen diese schon zur Zeit der bestehenden Reichsverfassung in Bezug auf die Territorialgerichte nicht zukam. Hingegen die Grundsätze über die **Berechnung** der Appellationssumme sind allerdings als gemeinrechtliche Normen zu betrachten, und daher in Ermanglung landesgesetzlicher Vorschriften über die Berechnungsart zu Hülfe zu nehmen.

Linde, im Arch. für civ. Prax.
Bd. IX. S. 229 flg. u.
Bd. XI. S. 95 flg.
Vgl. über den Absatz Lit. B. überhaupt Wetzell Syst. III.
S. 552—560.

Zu V.

Wer darf gegen ein beschwerendes Erkenntniß appelliren?

§. 314.

Die Befugniß, gegen ein Urtheil die Appellation zu ergreifen, steht in der Regel allerdings nur den streitenden Theilen allein zu. Ex justa causa wird jedoch schon nach Röm. Rechte auch dritten Personen, welche an dem Processe nicht selbst unmittelbar Theil genommen haben, gestattet, sich des Rechtsmittels zu bedienen.

Fr. 5. pr. D. 49. 1.

Eine justa causa ist aber namentlich dann vorhanden, wenn der Verlust der Sache für den Dritten einen rechtlichen Nachtheil hervorbringen würde, z. B. der Verlust eines durch den emtor geführten Evictionsprocesses für den auctor.

Fr. 5. pr. Fr. 4. §. 2. et 3. D. 49. 1.

Ja selbst eine bloß factische Erschwerung der Lage eines Dritten, welche die Folge der unterlassenen Appellation gegen das ungünstige Urtheil seyn würde, kann zuweilen diesen Dritten zur Anfechtung des Urtheils berechtigen, wie z. B. in den Fällen fr. 5. pr. fr. 4. §. 3. („aut si auctor egerit“) D. 49. 1.

Linde, über Intervent. in der Instanz der Rechtsmittel in s. Zeitschr. Bd. V. S. 417 flg.
Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354.

Wer übrigens durch den nachtheiligen Ausgang der Sache irgend ein Recht gegen einen Dritten erhalten kann,

wie z. B. der Käufer gegen den Verkäufer das Recht, Gewährleistung zu fordern, ist sogar schuldig, von der Appellation Gebrauch zu machen, wenn ihm nicht der Dritte selbst diese Verbindlichkeit auf eine unzweideutige Art erlassen hat.

Vergl. fr. 63. §. 1 u. 2. D. 21. 2.

Dieselbe Pflicht liegt auch Dem ob, welcher für den Ausgang des Processes Anderen verantwortlich ist, z. B. fr. 50. §. 1. D. 30.

Zu VI.

An welchen Richter muß appellirt werden?

§. 315.

Hinsichtlich dieser Frage gilt die allgemeine Regel, daß die Appellation immer an dasjenige Gericht dirigirt werden soll, welches dem Richter, der das beschwerende Urtheil erlassen hat (dem judex, a quo), zunächst vorgesetzt ist.

Nov. 23. c. 4.

c. 66. X. 2. 28.

Vergleiche jedoch:

c. 7. X. eod.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 1.

Ueberspringt der Appellant aus Irrthum die nächst höhere Instanz (appell. per *saltum*), so wird zwar dadurch das Rechtsmittel nicht desert, allein die Sache wird doch nicht an das angerufene Gericht devolvirt,

c. 66. X. cit.

sondern muß an das übersprungene Gericht abgegeben werden.

Fr. 21. pr. §. 1. D. 49. 1.

Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn derjenige Oberrichter, welcher zunächst hätte angerufen werden sollen, entweder aus rechtmäßigen Ursachen in dieser Sache nicht Richter seyn könnte, oder die Justiz verweigert hätte.

C. G. O. II. 29. §. 1.

Vgl. jedoch:

Schmid, Hdb. III. S. 426. not. 17.

Sollte aber eine Partei an einen Richter appellirt haben, welcher auf einer niedrigeren Rangstufe steht, als der, an welchen sie sich hätte wenden sollen, so ist das Rechtsmittel verloren, wenn der Fehlgriff nicht noch während der Nothfrist verbessert wird.

Fr. 1. §. 3. D. 49. 1.

(„Si quis *minorem* appellaverit, nocebit.")

Ueber die Frage, wie es dann zu halten ist, wenn der angerufene Richter mit dem, welcher hätte angerufen werden sollen, zwar auf gleicher Rangstufe steht, aber doch für die vorliegende Sache nicht zuständig ist, kommen im Röm. Rechte widersprechende Bestimmungen vor.

Fr. 1. §. 3. D. 49. 1.

„Si quis *parem* appellaverit, alium tamen pro alio, error ei *non nocet.*"

Fr. 5. §. 4. D. 49. 5.

„Si alium pro alio adiit, non principem, *nihil ei hic* error proderit."

Heffter, Syst. S. 534 not. 42.

Die neuere gemeinrechtliche Doctrin hält jedoch diesen Irrthum für unschädlich;

Heffter, Syst. S. 534 ob.

v. Linde, Handb. IV. S. 16.

Schmid, Handb. III. S. 427.

obgleich die Cameralschriftsteller die Appellation auch in

diesem Falle für desert erklärten, wenn der Irrthum nicht innerhalb der gesetzlichen Frist verbessert wurde.

J. Blumen, proc. cameral. Tit. XLVIII. §. 4.

Sind mehrere Obergerichte für dieselbe Sache competent, so entscheidet die Prävention.

Vgl. überhaupt: Linde in s. Zeitschr. Bd. IX. S. 1 flg.

Von dem Appellationsverfahren.

§. 316.

Das sehr weitläufige und in vielfacher Hinsicht unzweckmäßige Verfahren, welches sich bei dem Gebrauche der Appellation in Deutschland ausgebildet hat, läßt sich in zwei Hauptabschnitte theilen, nämlich in den Inbegriff der Handlungen, welche noch vor dem Untergerichte (dem judex a quo) vorkommen, und derjenigen, die bei dem Appellationsgerichte (dem judex ad quem) vorzunehmen sind. In den ersten, einleitenden Abschnitt gehört die Einlegung (*interpositio*) der Appellation, und das Gesuch um Apostel und Actenmittheilung sammt den darauf Bezug habenden richterlichen Verfügungen. In den zweiten Abschnitt gehört die Einführung (introductio) und die Rechtfertigung (justificatio) der Appellation, wonach erst noch die eigentlichen Appellationsprocesse erkannt werden können.

Von der Einlegung der Appellation.

§. 317.

Die interpositio appellationis besteht bloß in der Erklärung der Partei, welche sich durch das Urtheil verletzt fühlt, daß sie dagegen appelliren wolle. — Diese Erklärung kann sowohl mündlich, als schriftlich geschehen, nur muß sie in dem ersten Falle sogleich nach der Publication des Urtheils erfolgen.

Fr. 2 u. 5. §. 4. D. 49. 1.

Not. Ordn. v. 1512. Tit. 4. §. 1.

Zur schriftlichen Interposition des Rechtsmittels war nach älterem Röm. Rechte in eigener Sache eine zweitägige, in fremder Sache, z. B. wenn Jemand als Procurator appellirte, eine dreitägige Frist bestimmt.

Fr. 5. §. 4. D. 49. 1.

Fr. 1. §. 11 und 12. D. 49. 4.

Justinian erweiterte aber diese Frist auf zehn Tage, von dem Zeitpunkte der Urtheilsverkündigung an gerechnet, und zwar ohne Unterschied zwischen Appellationen in propria und in aliena causa,

Nov. 23. c. 1.

und diese Vorschrift ist auch in das canon. Recht und in die deutschen Reichsgesetze übergegangen.

c. 15. X. 2. 27.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 2.

Dieses decend. ist übrigens ein absolutes fatale, wird von Moment zu Moment berechnet, und die Versäumung desselben hat den Verlust der Appellation zur Folge, auch ohne vorläufige Ungehorsamsbeschuldigung.

c. 15. X. 2. 27.

Nur durch restitutio in integr. kann der Nachtheil wieder abgewendet werden.

Fr. 7. §. 11. D. 4. 4.

Fr. 8. in f. D. 4. 1.

Eine Verlängerung dieser Nothfrist zu gewähren, ist dem Richter nicht gestattet.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 2.

Ueber die Zulässigkeit einer Veränderung des Fatale durch Uebereinkunft der Parteien s. besonders:

Linde im Arch. für civ. Prax. Bd. XIX. S. 6 flg.

Die Einlegung der Appellation mußte nach Röm. Rechte bei dem judex a quo geschehen. Nur dann konnte und mußte man sich sogleich an den Oberrichter wenden, wenn man sich in der Lage befand, zwar diesen, nicht aber auch jenen anrufen zu können.

Fr. 1. §. 10. D. 49. 4.

Auch ersetzte eine publica testatio die Stelle der Interposition, wenn diese per violentiam judicis an ihn selbst nicht geschehen konnte.

Fr. 7. D. 49. 1.

c. 2. C. 7. 67.

Diese Bestimmungen des Röm. Rechts haben ohne Zweifel das c. 73. X. 2. 28. veranlaßt, worin überhaupt sowohl ob metum, als auch wegen mangelnder facultas adeundi judicem gestattet wird, auch außergerichtlich, in Gegenwart rechtlicher Männer, die Absicht, zu appelliren, kund zu geben.

Den deutschen Reichsgesetzen zufolge hat der Appellant in allen Fällen die Wahl, das Rechtsmittel entweder vor dem Unterrichter oder vor einem öffentlichen Notar und zwei Zeugen zu interponiren. Nur muß er in dem letzten Falle dem Richter die geschehene Interposition bekannt machen, wenn sogleich der Suspensiveffect eintreten soll.

Not. Ordn. 1512. IV. §. 1.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 5.

Durch die Interposition allein hat übrigens der Appellant seinen Verbindlichkeiten noch nicht vollkommen Genüge geleistet, sondern er muß sich auch noch von Demjenigen, bei welchem die Interposition geschehen ist, ein schriftliches Certificat hierüber erbitten (literas dimissorias oder apostolos). Die Nothwendigkeit dieses Gesuches um Ertheilung der Apostel war schon im älteren Römischen Rechte vorgeschrieben.

Paul. Rec. Sent. V. 34.

Fr. un. D. 49. 6.

Durch eine Verordnung von Diocletian und Maximinian wurde zwar dieselbe aufgehoben,

c. 6. §. 6. C. 7. 62.

und wahrscheinlich mit Rücksicht auf diese Verordnung hat es auch die C. G. O. v. 1555. II. 30. §. 1. dem Appellanten frei gestellt, um Apostel zu bitten, oder nicht. — Allein die deutsche Praxis folgte in dieser Hinsicht dem canon. Rechte, welches ohne Rücksicht auf das neuere Röm. Recht die Nothwendigkeit dieses Gesuches wiederholt einschärfte.

c. 1 u. vorz. 6. in 6to 2. 15. Clem. 2. 2. 12.

Selbst ein eigenes fatale ist für dieses Gesuch bestimmt, dessen Versäumung die Desertion der Appellation zur Folge hat. — Nach älterem Röm. Rechte bestand dasselbe nur in fünf Tagen;

Paul. R. S. l. c.

das canonische Recht hat aber dreißig Tage vom Zeitpunkte der Urtheilsverkündigung an gerechnet hiefür festgesetzt,

c. 6. in 6to 2. 15.

wahrscheinlich in der Folge des c. 24. C. 7. 62.

Binnen dieser Frist soll „instanter et saepius“ um die Apostel gebeten werden,

Fr. un. §. 2. D. 49. 6.

was jedoch das canon. Recht in der Art milderte, daß es auch hinreichen soll, wenn der Appellant *in uno contextu* mehrmal nacheinander dringend die Bitte stellt.

Clem. 2. 2. 12.

Vergl. Linde im Archiv für civil. Prax. Bd. XIX. S. 18 flg.

Endlich liegt dem Appellanten auch noch ob, binnen dreißig Tagen, vom Tage der Interposition an gerechnet, ebenfalls bei Vermeidung der Desertion von dem Unterrichter die Acten zu requiriren.

C. G. O. 1555. II. 31. §. 1.

J. R. A. §. 61—63.

Die Verbindlichkeit des Richters zur Herausgabe der Acten an den Appellanten ist schon im Röm. Rechte anerkannt.

c. 24 u. 32. §. 2. C. 7. 62.

Justinian hat auch in der Nov. 126. c. 3. den Richter persönlich dafür verantwortlich gemacht, die Mittheilung der Acten binnen dreißig Tagen zu bewerkstelligen; aber ein fatale für die Partei ist diese Frist erst durch die Reichsgesetze geworden.

Linde a. a. O. S. 20.

Ueber das abweichende Verfahren bei der römischrechtlichen Appellation an den Kaiser (more consultationis) s.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 360 flg.

Richterliche Verfügungen.

§. 318.

Obwohl durch die Einlegung der Appellation die Zuständigkeit in der Sache auf den Oberrichter überging, so war es doch nach Röm. Rechte dem Unterrichter in einigen Fällen erlaubt, ja sogar vorgeschrieben, die Appellation nicht anzunehmen (appellationem non recipere).

S. Dig. lib. 49. tit. 6.

Cod. lib. 7. tit. 65.

War nun wirklich ein solcher Fall vorhanden, und der judex a quo schlug die Appellation ab, so mußte doch dieser einen Bericht an den Oberrichter erstatten, und mit dem weiteren Verfahren so lange inne halten, bis von dem Oberrichter eine Entscheidung erfolgte.

Fr. 6. D. 49. 5.

Fr. 1. pr. u. §. 1. D. 49. 7.

Fr. 6. §. 9. D. 28. 3.

Der Appellant aber konnte sich ungeachtet der verweigerten Annahme des Rechtsmittels doch an die höhere Instanz wenden, um seine Beschwerde auszuführen.

Fr. 5. pr. u. §. 1. D. 49. 5.

Außerdem aber, und wenn die Appellation angenommen wurde, war der Unterrichter verpflichtet, dem Appellanten die Apostel auszustellen und die gesta herauszugeben.

Paul R. S. V. 34.

c. 24 u. 32. §. 2. C. 7. 62.

Nov. 126. c. 3.

Aus diesen Bestimmungen des Röm. Rechts und durch die Vermischung der Fälle, für welche sie gegeben waren, ist nun unter späteren Rechtslehrern folgende, auch von dem canonischen Rechte aufgenommene Theorie entstanden:

Der Unterrichter ist jedesmal verpflichtet, dem Appellanten die Apostel auszustellen, er mag nun die Appellation für zulässig oder für verwerflich halten. Nur soll er seine Ansicht hierüber in den Aposteln ausdrücklich erklären, woher sodann die Eintheilung der Apostel in reverentiales — (wenn der judex a quo erklärt, er wolle der Appellation aus Achtung für den Oberrichter Statt geben) — und refutatorios — (wenn er die Appellation als verwerflich darstellte) entstand.

c. 1. in 6to 2. 15.

Auch *apost. dimissorii* wurden besonders ausgezeichnet, wenn nämlich der Unterrichter dem Obergerichte bloß anzeigte, daß er die Berufung deferirt habe, oder wohl gar der Appellation das Wort sprach.

Linde a. a. O. S. 22 flg.

Den Lauf der Appellation sollten übrigens auch refutatorische Apostel nicht hemmen.

In den deutschen Reichsgesetzen kommt die Unterscheidung zwischen apost. reverent. und refutat. ebenfalls vor;

C. G. O. 1521. Tit. 23. §. 1. Tit. 24. §. 3.

C. G. O. 1555. p. II. tit. 30. §. 1.

und zugleich ist es dem Richter zur Pflicht gemacht, dem Appellanten auf Verlangen die Acten herauszugeben.

C. G. O. 1555. p. II. tit. 31. §. 10.

J. R. A. §. 61 a. E.

In Gemäßheit dieser gesetzlichen Bestimmungen wird nun über die richterliche Verfügung auf die geschehene Interposition der Appellation und die übrigen dazu gehörigen Gesuche Folgendes gelehrt:

I. Vor Allem hat der Richter zu prüfen, ob das Rechtsmittel an sich zulässig ist, und ob der Appellant alle bisherigen Fatalien beobachtet hat oder nicht. In dem

ersten Falle ertheilt er a) apostolos reverentiales, d. h. ein Decret, worin bezeugt wird, daß und wann der Appellant das Rechtsmittel interponirt, und um die Apostel und Actenmittheilung gebeten habe, — und welches zugleich die Bemerkung enthält, daß der Appellation deferirt werde. — Nebstbei sollen auch b) dem Appellanten die Acten herausgegeben werden, was jedoch jetzt von den meisten Gerichten noch so lange verschoben wird, bis das Obergericht die Einsendung derselben fordert; eine Abweichung, welche sich allerdings rechtfertigen läßt, weil man vor der Einführung des Rechtsmittels noch nicht weiß, ob das Obergericht überhaupt die Appellation annehmen werde.

Vergl. v. Gönner, Hdb. III. 62. §. 2.

In dem letzten Falle sind zwar die Verfügungen dieselben, nur wird in dem Decrete bemerkt, daß der Appellation aus den beizufügenden Gründen nicht deferirt werden könne (apostoli refutatorii), wodurch übrigens der Appellant in der Fortsetzung des Rechtsmittels nicht gehindert wird.

II. Dieses Decret wird beiden Theilen, dem Appellaten unter Beilage der Einwendungsschrift, mitgetheilt.

Sollte die Appellation außergerichtlich vor einem Notar interponirt worden seyn, so stellt dieser die Apostel aus, welche man hier testimoniales nennt, weil sie nur ein Zeugniß enthalten, daß und wann die Interposition geschehen sey. — Von der Verbindlichkeit, binnen der gesetzlichen Frist bei dem Unterrichter um die Mittheilung der Acten zu bitten, ist übrigens der Appellant auch in diesem Falle nicht befreit.

Von der Einführung (introductio) der Appellation.

§. 319.

Die Introduction ist die erste Handlung, welche der Appellant bei dem Obergerichte vorzunehmen hat. Sie besteht aber noch nicht in einer Ausführung der Gründe, warum man durch das unterrichterliche Erkenntniß verletzt zu seyn glaubt, sondern enthält nur die Nachweisung der gehörig beobachteten Fatalien und die Aufzählung der beschwerenden Punkte in jenem Erkenntnisse. Eben daher wird auch das Gesuch in der Einführungsschrift noch nicht auf Abänderung des vorigen Urtheils, sondern nur dahin gerichtet, die Förmlichkeiten für berichtigt und die Sache für devolvirt zu erklären. — Die Nachweisung der gehörigen Beobachtung der Fatalien geschieht durch Beilage der Apostel und eines Zeugnisses über das gestellte Actenmittheilungsgesuch.

Was die Frist zur Einführung der Appellation betrifft, so waren

1) nach dem neuesten Röm. Rechte dem Appellanten vier aufeinander folgende Termine hiezu bestimmt, der erste von 6, resp. von 3 Monaten, die drei folgenden jeder von einem Monate, nach deren Ablauf noch eine reparatio von 3 Monaten durch kaiserliche Gnade erlangt werden konnte.

c. 5. C. 7. 63. vergl. mit c. 2. C. eodem.

2) Nach canonischem Rechte ist es dem judex a quo überlassen, eine Frist zur Einführung der Appellation vorzuschreiben.

c. 4. 5. 33. 44. 57. X. 2. 28.

Sollte aber dieses unterblieben seyn, so gelten die gesetzlichen Fristen der Appellationsausführung auch für die Einführung derselben.

c. 5. 57. X. 2. 28.

Clem. 3. 2. 12.

3) Die deutschen Reichsgesetze gestatteten zur Einführung der Appellation bei dem Reichskammergerichte eine Frist von 1—6 Monaten, und überließen es dem arbitrium des Untergerichts, im einzelnen Falle innerhalb dieser gesetzlichen Gränzen die Frist näher zu bestimmen.

C. G. O. 1521. Tit. 23.

C. G. O. 1555. II. 30. §. 1—4.

In der Praxis wird die Einführungsfrist von dem judex a quo in den Aposteln vorgeschrieben, und zwar in der Eigenschaft einer Nothfrist, welche ihr schon nach canonischem Rechte beigelegt ist (fatale introducendae appell.)

c. 33. 44. X. 2. 28.

Vgl. Linde im Arch. f. civ. Pr. XIX. S. 278 flg.

Ueber die Nothwendigkeit der Specialisirung der Appellationsbeschwerden s.

Linde in s. Zeitschr. Bd. IX. S. 311 flg.

Richterliche Verfügung auf die Introduction.

§. 320.

Diese ist verschieden, je nachdem der Oberrichter die Appellation an sich zulässig, und die Fatalien und Formalien derselben beobachtet findet, oder nicht. In dem letzten Falle erfolgt sogleich ein Abschlagsdecret (rejectorium), selbst ohne vorher noch den Appellaten zu hören, oder die Acten abzufordern. — In dem ersten Falle aber wird eine Frist zur Rechtfertigung der Appellation ertheilt. Die

Dauer dieser Frist hängt jetzt ganz von der Bestimmung des Richters ab. Denn die Vorschrift des Römischen und nachher auch des canonischen Rechts, daß die Appellation intra annum, oder im Falle eintretender Hindernisse intra biennium ausgeführt und zu Ende gebracht werden soll, wird heutzutage nicht mehr beobachtet.

c. 5. §. 4. C. 7. 63.

Clem. 3. 2. 12.

Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIX. S. 283 flg.

Derselbe in s. Zeitschr. Bd. X. S. 315 flg.

Von der Rechtfertigung (justificatio) der Appellation.

§. 321.

Die Rechtfertigung der Appellation besteht in der Ausführung der Gründe, wegen welcher man das angefochtene Urtheil für beschwerend hält. — Die Rechtfertigungsgründe können, wie schon oben bemerkt worden ist, von doppelter Art seyn; entweder bloß Rechtsgründe, durch welche man, ohne in der thatsächlichen Lage des Streites in der vorigen Instanz etwas zu verändern, zu zeigen sucht, daß sich der Unterrichter geirrt habe; — oder neue thatsächliche Behauptungen. — Nach gemeinem Rechte ist es auch erlaubt, — wenn man keine nova vorzubringen hat, — sich anstatt einer Ausführung der Rechtsgründe bloß auf die Voracten zu beziehen.

J. R. A. §. 65.

Vergl. v. Linde in s. Zeitschrift Bd. IX. S. 327. und dessen Handb. IV. S. 189 flg.

Wenn jedoch der Appellant seine Beschwerden durch nova rechtfertigen will, so müssen diese in der Rechtfertigungs-

schrift speciell und mit dem Erbieten zur Leistung des erforderlichen Eides angegeben werden.

J. R. A. §. 64.

Martin, Lehrb. §. 288. not. g.

Das Gesuch ist hier immer auf Abänderung des vorigen Erkenntnisses zu richten. Die Rechtfertigung der Appellation kann übrigens auch schon mit der Einführung derselben verbunden werden, und diese Verbindung ist um so mehr zu empfehlen, als dadurch das so sehr gedehnte Appellationsverfahren doch einigermaßen abgekürzt wird.

Verfügung auf die Justification.

§. 322.

Die Verfügung auf die Justification der Appellation ist verschieden, je nachdem das Obergericht die Beschwerdegründe erheblich findet oder nicht.

Erscheint nämlich

I. die Beschwerde des Appellanten jetzt schon offenbar als grundlos, so ist es gar nicht mehr nothwendig, noch die Acten von dem Untergerichte abzufordern, oder den Appellaten zu hören, sondern das Obergericht kann die Appellation sogleich ex defectu materialium verwerfen.

c. 38 u. 59. X. 2. 28.

c. 5. in 6to. 2. 15.

Vgl. v. Linde, Hdb. IV. S. 104 flg.

Ist dagegen

II. eine offenbare Unerheblichkeit der Beschwerden nicht vorhanden, so werden, wie man sich auszudrücken pflegt, Appellationsprocesse erkannt, d. h. es wird die

Einleitung zu weiteren Verhandlungen getroffen. Diese Verfügung ist jedoch nicht immer gleich umfassend. Zuweilen wird a) dem Unterrichter jedes weitere Vorschreiten in der Sache untersagt (durch die s. g. lit. *inhibitoriales*); es wird ihm zugleich b) anbefohlen, die Acten mit Bericht einzusenden (durch die s. g. lit. *compulsoriales*), und endlich wird c) dem Appellaten die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift mit der Auflage mitgetheilt, binnen einer bestimmten Frist seine Erinnerung (Appellations-Exception) dawider abzugeben. — Zuweilen werden aber auch diese Verfügungen nicht sogleich auf einmal schon erlassen, sondern die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift wird dem Appellaten vorläufig nur zur Nachricht mitgetheilt, und dem Unterrichter die Einsendung der Acten mit Bericht anbefohlen. — In dem ersten Falle sagt man, es seyen vollständige, im zweiten, es seyen unvollständige Appellationsprocesse erkannt. Wann das Obergericht diese, wann jene zu erkennen habe, darüber gibt es keine gesetzliche Vorschrift, sondern hier entscheidet das Ermessen des Richters. Gewöhnlich werden anfangs nur unvollständige Processe erkannt, um, — wenn allenfalls nach eingesandten Acten und nach erstattetem Berichte die Sache ohne weiteren Schriftenwechsel entschieden werden könnte, — das Verfahren abzukürzen. Erst dann, wenn sich auch nach genommener Acteneinsicht die Vernehmung des Appellaten noch als nothwendig oder als zweckmäßig darstellt, wird die früher unterlassene Verfügung nachgeholt, und dem Appellaten eine Frist zur Abgabe seiner Exception vorgeschrieben. — Sollte endlich

III. das Obergericht die von dem Appellanten geführte Beschwerde für so offenbar begründet halten, daß eine Rechtfertigung des unterrichterlichen Erkenntnisses auf keine Art als möglich erscheint, so kann dasselbe sogar,

ohne den Appellaten vorher zu vernehmen, eine reformirende Verfügung (eine s. g. Ordination, oder ein rescriptum de emendando vel tollendo gravamine) erlassen, d. h. dem Untergerichte ohne weiters befehlen, der Beschwerde abzuhelfen. — Solche Ordinationen, welche dem Bestreben, das Verfahren abzukürzen, ihre Entstehung zu danken haben, und nicht nur bei den d. Reichsgerichten, sondern auch bei den Territorialgerichten üblich waren, sollen jedoch nur mit Vorsicht, und namentlich in dem Falle, wenn in der Rechtfertigungsschrift nova vorgebracht wurden, gar nicht erlassen werden.

Vergl. darüber:

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 69.

v. Almendingen, Metaph. des Civilprocesses. I. S. 189.

v. Linde, in s. Zeitschr. Bd. X. S. 313—385, und im Handb. V. S. 111—158, wo übrigens die ganze Lehre mit einer theilweise abweichenden Terminologie unter allgemeinere Gesichtspunkte gestellt wird. — Ueber die legislativen Bedenken gegen die Zulassung der Ordinationen s.

Mittermaier, der gem. d. Proc. III. Beitrag S. 71. (2. Aufl.)

Thon, die besten Mittel zur Verhütung und Abkürz. der Proc. Ilmenau 1825. S. 22 flg.

Dagegen aber:

v. Linde, Hdb. V. S. 156 flg.

In solchen Fällen, wo es das Obergericht nothwendig findet, den Appellaten mit seiner Gegenerinnerung zu hören, bildet übrigens diese Gegenerinnerung in der Regel den Schlußsatz, und nur, wenn von einer oder der andern Seite nova vorgebracht wurden, ist ein weiteres Verfahren

nothwendig, welches sich nach den Grundsätzen über das Verfahren in erster Instanz richtet.

J. R. A. §. 70.

Vgl. v. Gönner, Hdb. Abh. 60. §. 26—32.

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) S. 529. not. m.

Von den Wirkungen der Appellation.

A. Suspensiveffect.

§. 323.

Da es bei dem Gebrauche der Appellation auf eine Abänderung des unterrichterlichen Erkenntnisses abgesehen ist, und da, wenn dieser beabsichtigte Erfolg wirklich eintritt, doch alle diejenigen Verfügungen, welche etwa der Unterrichter mittlerweile zum Vollzuge seines Erkenntnisses getroffen hätte, wieder rückgängig gemacht werden müßten, so ist gesetzlich verordnet, daß der judex a quo, sobald die Appellation eingelegt ist, mit der Execution seines Urtheils inne halten, oder, was eben so viel ist, daß pendente appellatione die Sache in der bisherigen Lage bleiben soll. — Hierin besteht der s. g. Suspensiveffect der Appellation.

Fr. un. pr. D. 49. 7.

c. 3. C. 7. 62.

Nov. 134. c. 3. in fin.

c. 7. in 6to 2. 15.

Aus dieser Wirkung ergibt sich von selbst, daß diejenigen Rechte und Vortheile, deren eine Partei verlustig geworden wäre, wenn das Urtheil die Rechtskraft beschritten hätte, vorderhand unverändert fortdauern.

Fr. 13. §. 2. D. 28. 1.

Fr. 14. §. 8. D. 38. 2.

Dieses hindert jedoch nicht, daß, wenn durch die Fortdauer dieser Rechte die künftige Realisirung eines für den Appellaten günstigen Erfolges der Appellation gefährdet werden sollte, zur Abwendung dieser Gefahr geeignete Provisorien, z. B. durch Anordnung von Cautionen, getroffen werden dürfen.

Fr. 5. §. 1. D. 36. 3.

Fr. 21. §. 3. D. 49. 1.

Der Suspensiveffect tritt übrigens von selbst ein, d. h. es ist kein oberrichterlicher Befehl dazu nothwendig, um eine dieser Wirkung widersprechende Thätigkeit des Unterrichters zu sistiren.

Was aber den Zeitpunkt des Eintrittes betrifft, so kann zwar als solcher, — weil die Wirkung vor der Ursache nicht möglich ist, — erst der Moment der wirklichen Interposition des Rechtsmittels gedacht werden. — Da jedoch, wenn die Interposition wirklich erfolgt, auch die etwa schon vor derselben zum Behufe der Vollziehung des Urtheils getroffenen Verfügungen wieder rückgängig gemacht werden müssen, und der Richter nicht voraus wissen kann, ob das Rechtsmittel nicht binnen der zehntägigen Frist eingelegt werden wird, so ist die Uebung, gemäß welcher der Unterrichter seine executive Thätigkeit schon unmittelbar nach der Urtheilsverkündigung vorläufig einzustellen pflegt, vollkommen zu rechtfertigen.

Verfügungen, durch welche die bereits eingetretene Suspensivwirkung von dem Unterrichter wissentlich verletzt wird, pflegt man Attentate zu nennen, welche, wenn sie bei dem Oberrichter angezeigt und nachgewiesen werden, durch geeignete Befehle wieder zu cassiren sind (innovata debent revocari);

c. 7. in 6to 2. 15.

C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 31. §. 12—14.

J. R. A. §. 59.

Vis. Absch. v. 1713. §. 49.

und zwar auf Kosten des Unterrichters.

In folgenden Fällen darf jedoch dieser, ungeachtet der geschehenen Interposition des Rechtsmittels, doch mit dem Vollzuge seines Urtheils vorschreiten, ohne sich dadurch eines Attentats schuldig zu machen:

1) wenn die Berufung vor einem öffentlichen Notar, wenn auch rechtzeitig, interponirt, dem Unterrichter aber hievon keine Nachricht gegeben wurde;

C. G. O. 1555. II. 29. §. 5.

2) wenn die Interposition zwar bei dem Unterrichter selbst, aber erst nach dem Ablaufe der gesetzlichen Frist stattfand.

Vis. Absch. v. 1713. §. 49.

3) wenn die Appellation vor dem Endurtheile, also gegen eine interlocutoria eingelegt wurde.

c. 7. in 6to 2. 15.

c. 2. in 6to 2. 6.

R. A. v. 1594. §. 94.

(Von der gegenwärtigen Anwendung dieser Vorschrift wird später besonders gehandelt werden.)

4) Wenn zwar gegen das Endurtheil appellirt wurde, aber in einem Falle, in welchem strenge genommen der Gebrauch dieses Rechtsmittels gesetzlich untersagt wäre, z. B. gegen ein Urtheil wider einen confessus in jure;

c. 3. §. 5. u. c. 7. in 6to 2. 15.

5) in Handels- und Wechselsachen;

J. R. A. §. 107.

Reichsschl. v. 1670 (bei Bergmann S. 468)

endlich

6) in solchen Fällen, in welchen wegen vorhandener Gefahr auf dem Vollzuge der Zweck des Verfahrens durch die Gestattung des Suspensiveffects vereitelt werden würde.

Da jedoch in dem Falle unter Ziffer 1 die Appellation doch ihren Fortgang nimmt; in dem Falle unter Ziffer 2 der Oberrichter den Appellanten gegen die Versäumung der Nothfrist in integr. restituiren, und hiernach das Rechtsmittel zulassen kann; da endlich in den Fällen unter Ziffer 4 und 6 der sich für verletzt haltenden Partei der Weg zu dem Oberrichter wenigstens thatsächlich doch nicht gesperrt und möglicher Weise der Oberrichter von der Erheblichkeit der Beschwerde überzeugt werden kann, — so kann in den hier bezeichneten Fällen der Suspensiveffect gewissermaßen dadurch nachgeholt werden, daß der Oberrichter an den Unterrichter s. g. Inhibitorialien erläßt, d. h. demselben befiehlt, in dem Verfahren Instand zu halten, — auch wohl die bereits getroffenen Verfügungen wieder aufzuheben, und solchen Instandsbefehlen hat der Unterrichter ebenfalls bei Vermeidung eines Attentats Folge zu leisten.

Vergleiche:

C. G. O. 1555. III. 31. §. 12.
J. R. A. §. 59.
W. A. v. 1713. §. 49.
c. 7. in 6to 2. 15.

Ueber die ganze Lehre s.
v. Linde, Handb. V. S. 159 flg.

B. Devolutiveffect.

§. 324.

Der Devolutiveffect besteht darin, daß nach eingelegter Appellation die causae cognitio von dem Unterrichter auf das Obergericht übergeht, d. h. daß nur dieses sowohl über den Grund der Beschwerden, als über die Zulässigkeit der Appellation zu entscheiden berechtigt ist. Obwohl es nämlich dem Unterrichter erlaubt ist, in den Aposteln seine Ansicht über die Zulässigkeit oder Verwerflichkeit des Rechtsmittels auszusprechen, so wird doch durch diesen Ausspruch die freie Beurtheilung des Obergerichts keineswegs beschränkt.

Fr. 6. D. 49. 5.
Fr. 1. pr. D. 49. 7.
c. 3. C. 7. 62.
c. 55. X. 2. 28.

Diese Wirkung ist von der Appellation unzertrennlich. Selbst dann, wenn der Appellant das Fatale versäumt haben sollte, zeigt sich dieselbe in so fern als nicht der Unterrichter, sondern nur das Obergericht Restitution ertheilen kann.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 58.

Was die Frage betrifft, wie lange der Devolutiveffect fortdauert, d. h. wann die Zuständigkeit des Obergerichts wieder erlöscht, so bestimmt darüber das Röm. Recht, daß die einmal auf dem Wege der Appellation an einen höheren Richter devolvirte Sache unter keinem Vorwande mehr an den Unterrichter remittirt werden soll.

c. 6. pr. C. 7. 62.

Das canonische Recht unterscheidet aber, ob die Beschwerde in der Appellationsinstanz gegründet befunden wurde, oder nicht. In dem letzten Falle soll die Sache immer wieder an den vorigen Richter remittirt werden,

ohne Unterschied zwischen der Appellation gegen ein Definitivurtheil und gegen bloße Zwischendecrete.

c. 38. X. 2. 28.

„vel a *gravamine* vel *condemnatione* etc.“

c. 61. X. eod. (wo ganz allgemein, ohne Endurtheile und Zwischendecrete zu trennen, die Remission befohlen wird, si appellans in probatione causae appellationis defecerit).

Nur dann soll ungeachtet der Grundlosigkeit der Beschwerde die fernere Verhandlung doch bei dem Obergerichte verbleiben, wenn die Berufung gegen einen Zwischenbescheid gerichtet war, und der Unterrichter selbst die Appellation ausdrücklich für zulässig erklärt hatte, weil man in dieser unbedingten Zulassung des Rechtsmittels eine Renunciation des Unterrichters auf seine Competenzbefugnisse in der Sache zu finden glaubte.

c. 5. in 6. 2. 15.

Zeigte sich aber die Beschwerde als gegründet, so soll der Oberrichter das Recht haben, in der Sache auch fernerhin zu verfahren; ebenfalls ohne Unterschied zwischen Endurtheilen und Zwischenbescheiden.

c. 38. 59. 61. X. 2. 28.

c. 1. in 6. 2. 15.

Vgl. Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. XV. S. 157 flg. (Zum Theil abweichend hievon war die Darstellung in den früheren Ausgaben gegenwärtiger Vorträge.)

In der C. G. O. von 1555. Thl. III. Tit. 50. §. 5. ist aber ausdrücklich verordnet, daß, wenn eine Sache einmal durch Appellation an das Kammergericht erwachsen wäre, die Execution des ergangenen Urtheils, auch wenn dadurch das vorige Urtheil bestätigt worden wäre, durch das Kammergericht geschehen soll. (Vgl. C. G. O. a. a. O. §. 6.) — Durch diese Vorschrift scheint

also, wenigstens in Bezug auf Endurtheile, die Unterscheidung des canonischen Rechts zwischen dem Falle der Confirmation und Reformation des vorigen Erkenntnisses aufgehoben zu seyn, und es würde sich demnach der Devolutiveffect bei der Appellation gegen eine sententia definitiva immer auch auf die Execution erstrecken. Nur bei Appellationen ante sententiam definitiv. kämen noch die obenangeführten Unterscheidungen des canonischen Rechts zur Anwendung.

S. Linde a. a. O. S. 169 flg.

Allein dieses Resultat der gesetzlichen Vorschriften ist weder in der Praxis befolgt, noch in der Doctrin allgemein anerkannt worden. Insbesondere haben sich neuere Proceßlehrer durch die Rücksicht auf das s. g. Recht der drei Instanzen dazu bestimmen lassen, jene Vorschriften zu verlassen, und solche Grundsätze aufzustellen, welche mit jenem Rechte nicht in Collision geriethen.

Gönner, Hdb. III. Bd. Abh. 60. §. 35 und 36.

Dagegen aber:

Linde, im Arch. für civ. Prax. XV. S. 174 flg. u. in dem Hdb. V. S. 296 flg.

Cucumus im Arch. f. c. Pr.

Bd. XXVI. S. 343 flg. und

Bd. XXVII. S. 57 flg.

Ueber die älteren Ansichten:

Danz, Grds. des ord. Proc. §. 440. not. b.

C. Wirkung der Appellation in Bezug auf den Appellaten.

§. 325.

Vor Justinian wurden in der Appellationsinstanz nur die Beschwerden derjenigen Partei berücksichtigt, welche

wirklich von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht hatte. Auf die selbständigen Beschwerden, welche allenfalls der Appellat dem Urtheile hätte entgegensetzen können, wurde nicht Bedacht genommen. Demnach konnte in der Appellationsinstanz nur entweder a) ein abänderndes Erkenntniß zum Vortheile des Appellanten, oder b) ein bestätigendes Erkenntniß, aber nie eine s. g. reformatio in pejus, d. h. ein abänderndes Erkenntniß zu Gunsten des Appellaten erfolgen.

Justinian legte aber der Appellation in der c. 39. C. 7. 62. in dieser Hinsicht eine ausgedehntere Wirkung bei. Er verordnete nämlich, daß, sobald der Appellant seine Beschwerdegründe vorgetragen haben würde, auch der Appellat das Recht haben sollte, seinerseits gegen das Urtheil Beschwerde zu führen; ja sogar, daß in Abwesenheit des Appellaten der Oberrichter von Amtswegen sein Interesse berücksichtigen soll.

Dieser Verordnung zufolge brauchen also in dem Falle, wenn ein unterrichterliches Erkenntniß für beide Theile gravirend ist, doch nicht beide Theile selbständig die Appellation zu ergreifen; sondern es genügt, wenn nur einer von ihnen das Rechtsmittel interponirt. Der Andere kann seine Beschwerdeführung nachholen, obwohl er selbst die Fatalien nicht beobachtet hatte. Diese Befugniß des Appellaten, sich mit einer eigenen Beschwerde den Beschwerden des Appellanten anschließen zu dürfen, nennt man jetzt das *beneficium adhaesionis*, und auf der Möglichkeit einer solchen Adhäsion, dann auf dem Grundsatze, daß der Oberrichter die etwaigen Beschwerden des abwesenden Appellaten von Amtswegen zu berücksichtigen habe, beruht das, was bei den Neueren communio appellationis heißt.

Vergl. R. A. 1566. §. 116.
R. A. 1594. §. 96.

Die Doctrin hat übrigens diese Wirkung der Appellation verschiedenen Beschränkungen unterworfen. — Insbesondere wird

1) dem Appellaten die Befugniß zu adhäriren nur insofern zugestanden, als er gerade gegen den nämlichen Entscheidungspunkt Beschwerde führen will, gegen welchen der Appellant das Rechtsmittel ergriffen hatte, oder gegen einen solchen, welcher unzertrennlich mit jenem zusammenhängt, weil nur in Ansehung solcher Punkte die Rechtskraft als suspendirt betrachtet werden könne.

Pütter opusc. XII. §. 18—20.

2) Das Recht und die Verbindlichkeit des Richters, das Interesse des Appellaten von Amtswegen zu berücksichtigen, wird (wegen der Worte: „Sin autem absens fuerit“ in der c. 39. cit.) nur auf den Fall beschränkt, wenn dem Appellaten keine Gelegenheit gegeben wurde, seine etwaigen Beschwerden selbst vorzubringen. Ward ihm Gelegenheit dazu gegeben, und er benützte sie nicht, oder beschränkte sein Vorbringen nur auf die Vertheidigung des vorigen Urtheils, so soll der Richter die Befugniß nicht haben, auch für ihn zu sorgen.

Reinhardt, Hdb. II. §. 352. a. E.
v. Gönner, Hdb. III. S. 177 flg.
Gensler, Comment. II. S. 121.
Vergl. jedoch v. Linde Hdb. Bd. V. S. 257 flg.
Schmid, Hdb. III. S. 462 flg.

3) Was den Zeitpunkt betrifft, in welchem das Rechtsmittel gemeinschaftlich zu werden anfängt, so glaubt zwar v. Gönner (im Hdb. III. Abh. 57. §. 25), daß die communio erst nach erkannten Appellationsprocessen und nach geschehener

Vorladung des Appellaten eintrete. Allein eine richtige Auslegung der c. 39. C. 7. 62. führt vielmehr zu dem Resultate, daß schon durch die Einführung der Appellation für den Gegner das Recht zu adhäriren begründet werde; weßhalb es dem Letzteren unschädlich ist, wenn der Appellant das Rechtsmittel erst nach geschehener Introduction fallen läßt.

v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 244 flg., besonders S. 248.
Schmid, Hdb. III. S. 450 not. 22, wo die verschiedenen Meinungen über diesen Punkt angeführt und geprüft werden.

Eine Folge der Gemeinschaft der Appellation ist übrigens die Befugniß des Oberrichters, auch *in pejus* zu reformiren, d. h. ein für den Appellanten noch nachtheiligeres Urtheil zu fällen, als das angefochtene der vorigen Instanz war. Daß diese Befugniß dem Oberrichter dann zustehen müsse, wenn der Appellat ausdrücklich und auf zulässige Art adhärirte, kann wohl auf keinen Fall bezweifelt werden, indem ja sonst die Adhäsion offenbar zwecklos wäre. Aber auch in solchen Fällen, wo der Appellat zwar nicht ausdrücklich adhärirte, aber es doch auf erlaubte Weise hätte thun können, und die Adhäsion nur deßwegen unterblieb, weil ihm der Richter keine Gelegenheit dazu verschaffte, wird man die Zulässigkeit einer reform. in pejus als gesetzlich begründet anerkennen müssen, weil es unter den gedachten Voraussetzungen dem Richter, nach der gewöhnlichen Interpretation der Worte: „sin autem absens fuerit“ in der c. 39. C. 7. 62. obliegt: „per suum vigorem partes adversarii adimplere.“

Vergl. Mittermaier im Arch. für civ. Prax. VII. S. 86 flg.

Daß das Recht zu adhäriren, und hiemit auch die

Möglichkeit einer reform. in pejus dem Röm. Rechte ganz fremd gewesen sey,

Heffter Inst. Seite 472 not. 87. und Seite 474. nro. 24.

steht doch wohl mit den Worten der c. 39. C. 7. 62. (judicatis *opponere*) im Widerspruche, und die zum Beweise jener Behauptung angeführte Nov. 49. c. 1. kann auch von dem Falle verstanden werden, wenn der Appellat selbst nur die Aufrechthaltung der vorigen Sentenz wünschte.

S. Gensler, Comment. II. S. 119 flg.

In der neuesten Zeit ist die Lehre von der Gemeinschaft der Appellation, von der Adhäsion und der reformatio in pejus der Gegenstand mehrseitiger gründlicher Untersuchungen geworden, deren Resultat, — abweichend von der älteren hier noch beibehaltenen Ansicht — im Allgemeinen darin besteht, daß dem Appellationsrichter bezüglich einer reformatio in pejus ein ungleich freierer Spielraum eingeräumt wird.

Vgl. darüber:

Hoch, Entwickl. der Lehre von der accessor. Appellations-Adhäsion. Rothenb. 1821.

v. Arnold, im Archiv für civ. Prax. Bd. XXVIII. S. 73 flg.

A. C. J. Schmid, in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proc. Neue Folge Bd. IV. S. 25 flg.

J. B. Sartorius, im Arch. für civ. Pr. Bd. XXXI. S. 83 flg. und S. 313 flg.

v. Linde, ebendas. Bd. XXXII. S. 149 flg.

Wetzell, Syst. S. 588 flg.

Unabhängig von dem benefic. adhaesionis ist das dem Appellaten, wie dem Appellanten, aber freilich auch nur unter denselben Bedingungen, zustehende Recht, zu seiner Vertheidigung in der Appellationsinstanz nova vorzubringen,

und auch in dieser Hinsicht spricht man von einer Gemeinschaft des Rechtsmittels.

J. R. A. §. 73. a. E.

Gensler a. a. O. S. 151 Nro. 6.

Von der Appellation gegen Interlocute.

§. 326.

Daß nach gemeinem deutschen Gerichtsgebrauche die Appellation auch gegen Zwischenbescheide und im Laufe des Processes erlassene Decrete unbedingt zugelassen wird, ist bereits oben bemerkt worden. Eine andere Frage ist aber, ob der Gebrauch dieses Rechtsmittels gegen solche Decrete auch als nothwendig erscheine? — Das canonische Recht unterscheidet hiebei, ob das Interlocut der Hauptsache selbst präjudicirt oder nicht. In dem ersten Falle soll es nicht nothwendig seyn, sogleich dagegen zu appelliren, sondern die verletzte Partei soll ihre Beschwerde auch noch in der Appellation gegen das Endurtheil nachholen dürfen. In dem zweiten Falle aber ist ein solcher Aufschub des Rechtsmittels für unzulässig erklärt.

c. 12. in 6. 2. 15.

Die deutschen Reichsgesetze sprechen nirgendwo ausdrücklich von der Nothwendigkeit, sondern nur von der Zulässigkeit der Appellation gegen Interlocute.

C. G. O. v. 1495. §. 20.

Not. Ordn. v. 1512. Tit. IV. §. 1.

C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 6 und 29. §. 3 und 4.

Auch kann in den Fällen, wo diesen Gesetzen zufolge eine Zwischenappellation erlaubt ist, von der Zulässigkeit

nicht mit Sicherheit auf die Nothwendigkeit geschlossen werden. Denn, wenn gleich gesagt wird, daß gegen ein Beiurtheil, welches die Kraft eines Endurtheils hat, incidenter appellirt werden dürfe, so wäre es ja immerhin noch möglich, daß man der dadurch gravirten Partei deßhalb, weil sie etwa incidenter doch nicht appellirt hätte, darum die Freiheit nicht entziehen wollte, ihre Beschwerde in der nachfolgenden Appellation gegen die Definitivsentenz nachzuholen. Eher könnte man den Schluß von der Zulässigkeit auf die Nothwendigkeit bei solchen Zwischendecreten rechtfertigen, welche, ohne die Kraft eines Endurtheiles zu besitzen, eine Beschwerde enthalten, welche „durch Mittel der Appellation von dem Endurtheil nicht wieder gebracht werden möchte" (ein gravamen irreparabile). — Denn insofern man hier an eine factische Unmöglichkeit späterer Abhülfe durch den Oberrichter denkt, ist es allerdings richtig, daß man jetzt schon, also incidenter, appelliren muß, wenn die Appellation etwas nützen soll. Allein auch hier läßt sich noch der Fall als möglich denken, daß die Gesetze eine Abhülfe durch den gravirenden Richter selbst für zulässig hielten, so daß demnach eine Anrufung des Oberrichters (Appellation) zunächst doch auch nicht als unbedingt nothwendig erschien. — Das praktische Interesse der Sache läßt sich wohl am besten durch die Frage ausdrücken: kann ein Zwischendecret dadurch für den Oberrichter unabänderlich werden, daß keine Partei binnen zehn Tagen nach der Bekanntmachung desselben dagegen appellirt; oder darf der Oberrichter ein solches Decret doch noch aufheben oder abändern, wenn gleich keine Partei incidenter dagegen bei ihm Beschwerde geführt hätte, aber in der Berufung gegen das Endurtheil darauf einen Antrag stellte? —

Auf diese Frage geben nun die d. Reichsgesetze nirgendwo eine befriedigende Antwort. Selbst dann, wenn man mit Gewißheit annehmen könnte, daß jene Interlocute und Decrete, gegen welche die Reichsgesetze eine Zwischenappellation zulassen, durch die Unterlassung derselben unabänderlich (rechtskräftig) werden sollten, würde immer noch die Schwierigkeit übrig bleiben, zu bestimmen, welche Beiurtheile die Kraft eines Endurtheils haben, und welche Beschwerden durch die Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr wiedergebracht werden können; eine Schwierigkeit, über deren Lösung man sich nie vollkommen vereinigen konnte.

Vgl. z. B. *H. Vulteji* tract. de jud. l. IV. c. 2. p. 631.

J. H. Boehmer J. E. P. lib. II. Tit. 28. §. 10.

Bei dieser Unzulänglichkeit der gesetzlichen Vorschriften auf einer, und dem unabweislichen praktischen Bedürfnisse einer bestimmten Antwort auf die vorhin aufgestellte Frage auf der andern Seite hat nun die Doctrin in neuerer Zeit die Nothwendigkeit der Appellation gegen Beiurtheile und Zwischendecrete auf folgende Art näher zu bestimmen gesucht:

Man ging davon aus, daß die Anrufung der oberrichterlichen Hülfe in solchen Fällen überflüssig sey, wo der Unterrichter selbst noch die Befugniß habe, die von ihm zugefügte Beschwerde zu heben.

Da ihm nun diese Befugniß nach gemeinem Rechte dann wirklich zusteht, wenn er über einen Punkt decretirte, worüber noch nicht beide Theile gehört worden waren,

Fr. 14. D. 42. 1.

c. 3 und 5. C. 7. 57.

c. 60. X. 2. 28.

und nur im entgegengesetzten Falle eine Abänderung des Erkenntnisses durch den erkennenden Richter selbst unstatthaft ist, — so gelangte man zu der Ansicht, daß die Appellation nur gegen beschwerende Decisivdecrete (diese mögen nun Endurtheile, oder über einen Incidentpunkt erlassene Bescheide seyn), nicht aber auch gegen einfache Decrete nothwendig sey. Die Mittel aber, deren sich die durch ein einfaches Decret verletzte Partei zunächst bedienen kann, sind verschieden, je nachdem das Decret den Antrag des Imploranten zurückweist, ohne vorher den Imploraten darüber gehört zu haben, oder jenem Antrage sogleich Statt gibt.

In dem letzten Falle kann sich der Angegriffene durch Einreden zu vertheidigen suchen, und erst dann, wenn der Richter ungeachtet dieser Einwendungen bei seinem früheren Ausspruche beharrt, ist der Gebrauch der Appellation nothwendig, weil nun in Folge der nachgeholten Vertheidigung das ursprünglich einfache Decret wirklich die Natur eines Decisivdecrets angenommen hat. — In dem ersten Falle dagegen kann der Implorant vorerst durch Gegenvorstellungen die Zurücknahme des abschlägigen Decrets zu bewirken suchen, und nur dann, wenn auch diese fruchtlos bleiben, ist er genöthigt, den Weg der Beschwerdeführung an den höheren Richter zu ergreifen.

v. Grolman, Theor. des gerichtl. Verf. §. 98—100.

v. Gönner, Hdb. I. Abh. 7. §. 22—25 und III. Abh. 57. §. 2—5.

Einige Proceßlehrer halten jedoch dafür, daß gegen abschlägige Decrete sogleich die Appellation ergriffen werden müsse, wenn sie nicht in Rechtskraft übergehen sollen, weil hier der Implorat schon durch den Richter vertheidigt sey.

Arch. V. S. 365. not. 22.

Bei solchen Decreten ist auch diese Ansicht gewiß zu rechtfertigen, worin von dem zuständigen Richter — (also z. B. bei der Appellation von dem Oberrichter) ein Rechtsmittel abgeschlagen wird, weil hier, wenn man nicht gegen dieses rejectorium sogleich die Appellation einlegt, das anzufechtende Urtheil voriger Instanz in Rechtskraft übergehen könnte.

v. Gönner, Hdb. I. 7. §. 26. u. III. 57. §. 3. u. 4.

Gegen diese neuere Theorie über die Nothwendigkeit der Appellation gegen Interlocute und Decrete erklärt sich jedoch: Linde in s. Zeitschrift Bd. IV. S. 1 bis 16 und in s. Handb. Bd. IV. §. 32 bis §. 38. Allein das Resultat, zu welchem derselbe gelangt (Zeitschrift Bd. IV. S. 16 unten), führt wieder zu neuen Zweifeln, und scheint daher dem praktischen Bedürfnisse nicht abzuhelfen.

Was das Verfahren bei der Appellation gegen Interlocute betrifft, so unterscheiden die deutschen Reichsgesetze zwischen solchen Interlocuten, welche die Kraft eines Endurtheils haben, und anderen Decreten. Hinsichtlich der ersteren soll dasselbe Verfahren beibehalten werden, wie gegen Endurtheile,

C. G. O. 1555. II. 29. §. 3 und 4, und III. 31. §. 10 und 11.
D. A. 1600. §. 113.
J. R. A. §. 58.

eine Vorschrift, welche man jetzt auf die Appellation gegen Decisivdecrete, — welche nach vorläufiger Vernehmung beider Theile erlassen wurden — anwendet.

Das Verfahren bei der Appellation gegen interloc. simpl. — (jetzt gegen Decrete auf einseitigen Antrag) — ist aber mit Rücksicht auf die Verordnungen des

canonischen Rechts auf abweichende Art bestimmt. — Weil nämlich

1) der Unterrichter solche Decrete selbst wieder zurücknehmen oder abändern kann, eine solche Abänderung aber voraussetzt, daß er wisse, wodurch und warum sich eine Partei beschwert glaubt, so soll der Appellant schon sogleich bei der Interposition des Rechtsmittels auch seine Beschwerdegründe ausdrücklich anführen. Auch soll die Interposition und diese Anzeige nicht, wie sonst, auch mündlich, sondern nur schriftlich geschehen dürfen, damit dem Richter ein fester Anhaltspunkt zur Prüfung gegeben sey.

c. 60. X. 2. 28.

c. 1 und 10. in 6. 2. 15.

Not. Ordn. v. 1512. Tit. IV. §. 1.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 3 und 4.

Aus andern, als den bei der Interposition angeführten Gründen soll auch nachher in höherer Instanz keine Rechtfertigung der Appellation zugelassen werden.

Clem. 5. 2. 12.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 4.

D. A. 1600. §. 113.

Vergl. jedoch:

C. G. O. 1507. II. §. 7.

Linde, Lehrb. §. 412. not. 23. (5. Aufl.)

2) Was das Interpositionsfatale betrifft, so ist hierüber weder im canonischen Rechte, noch in den deutschen Reichsgesetzen bei der Berufung gegen appellable Interlocute, auch wenn diese die Kraft eines Endurtheils nicht hätten, etwas Abweichendes verordnet. — Vielmehr läßt sich aus dem Umstande, daß selbst bei einer bloßen Extrajudicialappellation das fatale decendii beibehalten wurde,

c. 8. in 6. 2. 15.
mit Grund darauf schließen, daß dieses Fatale auch bei der Berufung gegen Decrete in caus. judic. beobachtet werden sollte.

Da jedoch nach der Theorie der Neueren die Appellation gegen einfache Decrete überhaupt nicht nothwendig ist, d. h. da ein solches Decret doch nicht rechtskräftig und unabänderlich wird, wenn gleich das Rechtsmittel der Berufung nicht dagegen gebraucht wurde, so hat freilich jenes Fatale hier die Wichtigkeit nicht, wie bei der Appellation gegen Endurtheile, und solche Interlocute, welche praevia disceptatione causae erlassen wurden. — Will sich nämlich

a) der Implorant gegen ein einfaches abschlägiges Decret beschweren, so kann er auch den Weg der Gegenvorstellung bei dem nämlichen Richter versuchen, und in diesem Falle ist er an gar keine bestimmte Frist gebunden. — Dergleichen Gegenvorstellungen können sogar öfter wiederholt werden, ohne daß die Erfolglosigkeit derselben, oder der Ablauf der hiezu verwendeten Zeit dem abschlägigen Decrete die Eigenschaft der Rechtskraft gewähren könnte. Daß der Implorant, wenn alle Gegenvorstellungen bei dem judex a quo fruchtlos bleiben, zuletzt doch bei dem Oberrichter Hülfe suchen muß, und dieses auch darf, läßt sich allerdings nach dieser Theorie nicht läugnen. Da jedoch die Gegenvorstellungen auf keine bestimmte Zahl beschränkt sind, so fehlt es an einem festen Anhaltspunkte, um bestimmen zu können, wann für eine solche Beschwerdeführung das zehntägige Fatale zu laufen anfangen soll.

In der Inconvenienz, welche durch die maaßlose Zulassung von Remonstrationen gegen dasselbe

Decret entsteht, liegt wohl auch der Grund, warum einige Rechtslehrer dergleichen abschlägige Verfügungen den Decisivdecreten gleichstellen, und daher sofort die Appellation für nothwendig erklären, — eine Ansicht, welche auch in mehreren neuen Proceßordnungen Eingang gefunden hat. — Folgt man dieser Ansicht, so fängt das Fatale, wie sonst, von der Zeit der geschehenen Bekanntmachung des Decrets zu laufen an.

Will sich aber

b) der Implorat gegen ein zum Vortheile seines Gegners erlassenes willfähriges Decret beschweren, so kann er dieß ebenfalls in der Art thun, daß er zunächst bei dem Unterrichter selbst Einwendungen vorbringt. Erst dann, wenn diese Einwendungen ohne Erfolg bleiben, d. h. wenn der Unterrichter, Einwendens ungeachtet, das beschwerende Decret wiederholt, ist die Appellation nothwendig, und für diese läuft das Fatale vom Zeitpunkte der geschehenen Eröffnung des Inhäsivdecrets. — Da übrigens in diesem Falle das erneuerte Decret in der That die Natur eines Decisivdecretes annimmt, so scheint es richtiger zu seyn, die dagegen ergriffene Appellation in jeder Hinsicht nach den Grundsätzen über die Berufung gegen definitive oder diesen gleichstehende Urtheile zu behandeln, folglich auch die Beschränkung sub Nro. 1. nicht darauf anzuwenden.

Vergl. überhaupt Wetzell System II. §. 51. S. 493 flg. und III. S. 548 ob.

3) Zur Einführung der Appellation darf der Unterrichter eine angemessene Frist bestimmen.

c. 1. in 6. 2. 15.

c. 5. X. 2. 28.

4) Bei Berufungen gegen einfache Decrete wird von dem Obergerichte gewöhnlich kein vollständiges Appellationsverfahren eingeleitet, sondern der Beschwerde, wenn sie gegründet befunden wird, durch ordinationes oder rescripta de toll. vel emend. gravamine abgeholfen.

Auch in Ansehung der Wirkungen ist übrigens ein Unterschied zwischen der Appellation gegen einfache Decrete und Urtheile im eigentlichen Sinne. Denn

1) bei jener tritt der Suspensiveffect nicht von selbst ein, sondern der Unterrichter kann, ungeachtet der geschehenen Interposition des Rechtsmittels, das Verfahren fortsetzen, ohne sich dadurch eines Attentates schuldig zu machen, und zwar so lange, bis von dem Obergerichte Inhibitorialien erlassen werden.

c. 7. in 6. 2. 15.

c. 2. in 6. 2. 6.

S. noch R. A. v. 1594. §. 94.

Wetzell Syst. III. S. 515 u. S. 567.

2) Ueber die Ausdehnung des Devolutiveffectes s. oben.

Vgl. überhaupt: Linde, in s. Zeitschr. Bd. IV. S. 218 flg. und im Hdb. Bd. V. S. 344 flg.

Von den ordentlichen Rechtsmitteln ohne Devolutivkraft.

§. 327.

Außer der Appellation kommen in Deutschland noch mehrere andere Rechtsmittel unter verschiedenen Benennungen vor, z. B. die Supplication, Revision, Läuterung, Restitution u. dgl., welche zwar auch den Suspensiveffect

haben, aber die Sache nicht an einen höheren Richter bringen, sondern nur eine nochmalige Prüfung des Urtheils in derselben Instanz bewirken, in welcher es ergangen ist. — Schon das neuere Röm. Recht kannte ein solches Rechtsmittel, — die supplicatio gegen beschwerende Erkenntnisse des praefect. praetor. — Diese Erkenntnisse waren nämlich zwar inappellabel; allein schon vor Justinian war es erlaubt, sich dagegen binnen 2 Jahren mit einer supplicatio an den Kaiser zu wenden, welcher eine retractatio anordnen, d. h. eine nochmalige Untersuchung der Sache durch den praef. praet. befehlen konnte.

c. un. C. 7. 42.

Vgl. c. 5. C. 1. 19.

Justinian bestimmte nun, ohne das bisherige Recht aufzuheben, die Sache noch näher dahin, daß,

1) wenn zur Zeit der anbefohlenen retractatio etwa noch derselbe praef. praet. im Amte stünde, welcher das Urtheil gesprochen, — bei den Verhandlungen auch der Quästor zugezogen werden sollte;

c. 35. (rest.) C. 7. 62.

2) ertheilte er der suppl. auch den Suspensiveffect, insofern sie noch binnen 10 Tagen nach der Verkündigung des Urtheils unmittelbar bei dem praef. pr. selbst, oder seinem consiliarius schriftlich angebracht, und von dem siegenden Theile keine genügende Caution de restit. durch Bürgen geleistet werden würde.

Nov. 110. c. 5. u. daraus die Auth. „quae supplic. gloriosissimis.“ C. 1. 19.

Endlich

3) erklärte er die suppl. in dem Falle für unzulässig, wenn eine Partei schon zweimal ohne günstigen Erfolg appellirt hatte.

c. un. C. 7. 70.

Durch die Bestimmung unter nro. 2 ist daher wirklich die Supplication ein ordentliches Rechtsmittel ohne Devolutivwirkung geworden. Obgleich nun dasselbe nur gegen Erkenntnisse des praef. praet. eingeführt war, und folglich auf die spätere Verfassung nicht mehr paßte, so trugen doch die älteren Schriftsteller kein Bedenken, die supplicatio auch auf die damaligen Verhältnisse anzuwenden, z. B. Durand. spec. II. 3. De suppl. Die deutschen Reichsgesetze nahmen zwar dieses Rechtsmittel nicht auf, obwohl ihnen dasselbe bekannt war; ja in der C. G. O. v. 1555. III. 51. wurde sogar das Suppliciren gegen kammergerichtliche Urtheile ausdrücklich untersagt: allein sie führten dagegen ein anderes, ähnliches Rechtsmittel, nämlich die Revision ein, und motivirten wenigstens die Einführung desselben durch die Bemerkung, „daß auch nach kaiserlichen Rechten wider Endurtheile zu suppliciren zugelassen sey."

R. A. 1532. Tit. III. §. 16 und 17. C. G. O. 1555. III. 53.

Diese Revision stimmte mit der Röm. suppl. darin überein, daß sie, wie diese, ein an sich inappellables Urtheil (nämlich des Reichskammergerichts) voraussetzte; — wich aber sowohl in Ansehung der Zeit, binnen welcher sie gebraucht werden mußte, — als auch darin von derselben ab, daß die Revision nicht wieder von dem Kammergerichte, sondern von den durch die Reichsstände hiezu ernannten Revisoren vorgenommen wurde.

Vgl. Danz, Grds. des Reichsgerichtsproc. §. 363 flg.

Auch gegen Erkenntnisse des Reichshofraths konnte übrigens seit dem westphälischen Frieden per viam supplicationis ad Caesar. Maj. die Actenrevision erwirkt werden.

Instr. P. O. V. §. 55.

Danz a. a. O. §. 36. Nro. 4 und §. 406 flg.

Außer der bisher erwähnten Revision kommt in den Reichsgesetzen auch noch eine andere vor, nämlich gegen untergerichtliche Erkenntnisse, von welchen wegen des Mangels der summa appell. an die Reichsgerichte nicht appellirt werden konnte. Schon der Deputations-Abschied von 1600. §. 16. verordnete, daß dem durch ein solches Erkenntniß beschwerten Theile unbenommen seyn sollte, seine gravamina per viam supplicationis an die ordentliche Obrigkeit in gebührender Zeit Rechtens anzubringen, welche auch schuldig sey, dieselbe anzunehmen, und per modum revisionis ex eisdem actis endlich zu entscheiden, oder aber nach Gelegenheit einer jeden Sache, und, da es von einer oder der andern Partei begehrt würde, und erhebliche Ursachen vorhanden wären, die Acten auf eine Universität, oder aber zweien oder dreien Rechtsgelehrten ad revidendum zu überschicken. — Im J. R. A. §. 113. wurde diese Verordnung im Wesentlichen bestätigt.

Diese Revision war demnach ein Surrogat der Appellation, weßhalb auch die in Ansehung der letzteren geltenden Grundsätze auf dieselbe angewandt wurden, so weit sie mit der eigenthümlichen Natur dieses Rechtsmittels vereinbar waren.

Namentlich mußte 1) das Revisionsgesuch binnen 10 Tagen bei dem Richter, welcher das beschwerende Urtheil gefällt hatte, angebracht werden;

D. A. v. 1600. a. a. O. „in gebührender Zeit Rechtens."

2) das Rechtsmittel der Revision hatte den Suspensiveffect, und

3) es war hier, wie bei der Appellation, den Parteien erlaubt, nova vorzubringen.

D. A. v. 1600. a. a. O. „es hätten denn die Parteien" ꝛc.

v. Gönner Erört. S. 220.

Nur diejenigen Eigenthümlichkeiten der Appellation, welche mit der Devolutivwirkung zusammenhängen, fielen hier hinweg, weil diese Wirkung selbst nicht stattfand. Es war daher weder nothwendig um Apostel zu bitten, oder Apostel auszustellen, noch um Herausgabe der Acten nachzusuchen, und eine Introduction des Rechtsmittels konnte ebenfalls nicht vorkommen, weil die Sache gar nicht an eine höhere Instanz gelangte. Das einleitende Verfahren beschränkte sich demnach bloß auf die Interposition, welcher binnen einer von dem Richter zu bestimmenden Frist die Justification folgte. — Weil übrigens von dem erkennenden Richter selbst eine Abänderung seines vorigen Urtheils mit Wahrscheinlichkeit nicht erwartet werden konnte, so war, gleichsam als Ersatz der fehlenden Devolutivwirkung, die Actenversendung zugelassen.

J. R. A. §. 113.

Durch die Auflösung der deutschen Reichsverfassung verloren nun zwar allerdings die bisher angeführten Rechtsmittel ihren praktischen Werth, weil sie nur auf reichsgerichtliche Entscheidungen selbst, oder auf einen Ersatz für die entzogene Appellationsbefugniß an die Reichsgerichte berechnet waren.

Allein neben diesen reichsgesetzlichen Suspensivmitteln existirten schon längst — besonders im Norden von Deutschland, verschiedene, particularrechtlich begründete Rechtsmittel dieser Art unter mancherlei Benennungen, und diese bestehen theilweise auch jetzt noch fort. Zwischen diesen und der reichsgesetzlichen Revision nach dem D. A. v. 1600 ist jedoch der wesentliche Unterschied, daß die ersteren nicht, wie diese Revision, bloß in subsi-

dium, d. h. in solchen Fällen zugelassen werden, in welchen die Appellation wegen Mangels der Appellationssumme nicht stattfindet, sondern daß sie electiv mit der Appellation concurriren, so daß es in der Willkür der beschwerten Partei liegt, — gegen ein Erkenntniß, wogegen auch noch appellirt werden könnte, — anstatt dessen ein Suspensivmittel zu gebrauchen. Die näheren Bestimmungen über die Erfordernisse und das Verfahren bei dem Gebrauche solcher Rechtsmittel müssen übrigens aus den Proceßordnungen derjenigen deutschen Länder geschöpft werden, in welchen sie noch vorkommen. Wenn jedoch diese nicht ausreichen, so pflegt man die Reichsgesetzlichen Vorschriften über die Revision gegen solche Urtheile zur Anwendung zu bringen, gegen welche die Berufung an das C. G. wegen Mangels der Appellationssumme nicht zulässig war.

Vgl. über das Ganze:

Goldschmidt, Abh. XI.

Heffter, Syst. S. 558—562, wo auch Bemerkungen über den Ursprung dieser Rechtsmittel zu finden sind.

Gensler, Commentar II. S. 156 flg.

Linde, im Arch. f. civ. Prax. XXI. S. 309 flg. und im Hdb. Bd. V. 374 flg.

Wetzell Syst. III. S. 615—623.

Ueber Concurrenz und Cumulation der Rechtsmittel s. Linde in s. Zeitschrift Bd. XI. S. 301 flg.

Von der Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten.

§. 328.

Obwohl dieses Rechtsmittel zu den ordentlichen gehört, und daher hier genannt werden muß, so werden doch die darüber geltenden Grundsätze zweckmäßiger im Zusammenhange mit den Grundsätzen über das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten vorgetragen, von dem ohnehin zunächst zu handeln ist.

Von den außerordentlichen Rechtsmitteln.

I. Von der Beschwerde über unheilbare Nullitäten.

§. 329.

Schon im Römischen Rechte sind gewisse Grundsätze in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens und der richterlichen Entscheidung als so wesentlich anerkannt, daß, wenn einer derselben verletzt oder außer Acht gelassen worden war, das Urtheil nie zu Kräften kam, wenn auch wirklich die dadurch beschwerte Partei nicht dagegen appellirte. Erkenntnisse dieser Art heißen im Röm. Rechte sententiae, quae sine appellatione rescinduntur.

Dig. 49. 8.

Auch werden die Fälle, in welchen ein solches Urtheil ergangen war, durch die Worte bezeichnet: quando provocare non est necesse.

Cod. 7. 64.

In den deutschen Reichsgesetzen heißen aber solche Urtheile sententiae *nullae*, im Gegensatze zu sent. *iniquis*, oder injustis, welche zwar auch eine Unrichtigkeit enthalten, aber doch rechtskräftig werden, wenn dagegen kein Rechtsmittel gebraucht wird. Die Fehler, wegen welcher nach Röm. Rechte eine sententia an sich schon ungültig seyn sollte, sind in demselben speciell angeführt. Sie beziehen sich theils A) auf die Person des Richters, als: Mangel aller richterlichen Gewalt;

Fr. 81. D. 5. 1.

Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramtes;

Fr. 12. 2. D. 5. 1.

Incompetenz, welche durch Prorogation nicht gehoben ist, oder nicht gehoben werden kann;

Fr. 1. §. 2. D. 2. 2.
Fr. 170. D. 50. 17.
c. 1. sq. C. 7. 48.
c. 1. C. 3. 13.

eigenes Interesse bei der Sache;

Fr. 10. D. 2. 1.
c. un. C. 3. 5.

endlich Bestechung;

c. 7. C. 7. 64.

theils

B) auf die Person der streitenden Theile als:

Mangel der *legitimatio ad processum*, vorausgesetzt, daß auch keine ratihabitio mehr gehofft werden kann, indem ein gegen einen nicht bevollmächtigten Procurator erlassenes Urtheil in Beziehung auf den dominus ohne alle Kraft ist;

c. 24. C. 2. 13.
Vgl. Fr. 56. D. 5. 1.

Unfähigkeit vor Gericht zu handeln;

Fr. 9. D. 42. 1.

c. 6. C. 3. 1.

Mangel an gehörigem Beistande, oder gehöriger Vertretung bei solchen Personen, welche eines Tutors oder Curators bedürfen;

Fr. 45. §. 2. D. 42. 1.

c. 1. C. 3. 6.

c. 6. C. 7. 43.

c. 4. C. 2. 41.

vorausgesetzt, daß die Entscheidung zu ihrem Nachtheile ausgefallen ist:

Arg. c. 14. C. 2. 13.

Endlich war nach Röm. Rechte ein Urtheil auch ungültig, welches in Sachen einer bereits verstorbenen Partei erlassen wurde.

Fr. 74. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 2. D. 49. 8.

C) Auf die Form des gerichtlichen Verfahrens.

c. 4. C. 7. 45.

In dieser Hinsicht ist ein Urtheil kraftlos, wenn es gegen einen Abwesenden ohne Beobachtung des gesetzlich angeordneten Contumacialverfahrens,

c. 7. C. 7. 43.

oder während der gesetzlichen Ferien in Abwesenheit einer Partei gefällt wurde;

Fr. 1. §. 1. D. 2. 12.

c. 4. C. 7. 43.

Vergl. auch c. 5. C. eod.

ferner, wenn es nicht schriftlich redigirt wurde.

c. 3. C. 7. 44.

D) Auf den Inhalt des Urtheils selbst.

Dahin gehört der Fall, wenn gegen ausdrückliche

Gesetze (contra juris rigorem, — contra juris manifesti formam, — contra sacras constitutiones),

Fr. 32. D. 42. 1.
Fr. 19. D. 49. 1.
Fr. 1. §. 2. D. 49. 8.
c. 2. C. 7. 64.

oder gegen ein in derselben Sache bereits ergangenes rechtskräftiges Urtheil,

Fr. 14. 42. 62. D. 42. 1.
c. 1. C. 7. 50.

oder auf etwas an sich Unmögliches erkannt wurde.

Fr. 3. D. 49. 8.
Vgl. noch: c. 3. 11. C. 7. 45.

S. über die einzelnen Nichtigkeitsgründe:

Goldschmidt, Abh. X.

Heffter, Instit. S. 249 flg.

Karl v. Röder, Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten, Bernburg, 1831. S. 26 flg.

Linde, in s. Zeitschrift Bd. XII. S. 8 flg. und im Hdb. Bd. V. S. 405—447.

Fischer, die Lehre von den Nichtigkeiten der Civilurtheile. Prag 1829.

Das canonische Recht änderte nichts an diesen Bestimmungen, sondern wiederholte vielmehr einige derselben ausdrücklich, z. B. in

c. 4. X. 1. 38.
c. 1. X. 2. 27.
c. 7. X. 2. 30.
c. 26. in 6. De R. J. Clem. 2. 2. 11.
v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 447—457.

Allein die älteren Praktiker vervielfältigten durch das Bestreben, alle Fälle erschöpfend anzugeben, in denen sich durch unmittelbare oder mittelbare Anwendung irgend einer

Stelle des Röm. oder canon. Rechts eine Nullität finden ließ, die Zahl der Nichtigkeitsgründe so sehr, daß zuletzt die Gränzen zwischen einer sententia iniqua und sent. nulla schwankend und unsicher wurden.

Vergl. *Durand.* spec. lib. II. part. III. — Sentent in jud. prolata quomodo impugnetur.

R. *Maranda* prax. IV. Judic. validum et invalid.

Vantius Tr. de null. Colon. Agrip. 1588. insbes. z. B. Tit. de null. ex def. proc. Nro. 129.

Dabei machten sie übrigens einen dem Röm. Rechte noch unbekannten, vielleicht durch Clem. Soepe. 5. 81. veranlaßten Unterschied zwischen Nullitäten ex jure naturali et gentium (defectus insanabiles) und ex jure positivo (def. sanab.), und zählten zu den ersteren vorzugsweise den def. jurisdictionis, inhabilitatis, mandati, citationis und processus substantialis.

Vant. I. c. Tit. ult. Nro. 125.

Cfr. Tit. De med. et ord. vid. proc. etc.

Gail observ. I. obs. 75.

Vgl. darüber v. Linde, a. a. O. S. 457—479.

Die Vermehrung der Nullitätsgründe hatte in der Praxis die nachtheiligsten Folgen. Denn 1) da es nun nicht schwer hielt, beinahe in jedem Processe eine Nichtigkeit aufzufinden, so wurde ein Erkenntniß, mit welchem eine Partei nicht zufrieden war, gewöhnlich von zwei Seiten angegriffen, mit der Appellation ob iniquitatem, und mit der Nichtigkeitsbeschwerde ob nullitatem, und diese zweifache Anfechtung konnte auch nacheinander geschehen. — War aber auch 2) die Appellation binnen der gesetzlichen Frist nicht interponirt worden, so blieb doch noch immer die Nullitätsquerel übrig, weil diese 30 Jahre lang statt fand; so daß vor dem Ablaufe dieser Zeit fast kein Urtheil gegen Anfechtung gesichert war. Diesem Uebelstande suchten

nun zwar die d. Reichsgesetze schon frühzeitig abzuhelfen. Allein die hiezu gewählten Mittel waren keineswegs geeignet, den beabsichtigten Zweck vollkommen zu erreichen. Alles nämlich, was vor dem J. R. A. in dieser Hinsicht geschehen war, bestand

1) in der Vorschrift, daß, wenn eine Partei zugleich über Iniquität und Nullität Beschwerde führen wollte, sie die beiden Klagen miteinander, alternative einbringen, — und daß sodann über beide Punkte in denselben Terminen verhandelt werden soll, um „den Verzug zweifächtiger Rechtfertigung abzuschneiden;"

2) in der weiteren Bestimmung, daß ungeachtet der angebrachten Nullitätsklage, und einer hierin nachgewiesenen Unförmlichkeit in dem Verfahren voriger Instanz dieses doch nicht immer cassirt, sondern mit Umgehung der Nullität in der Hauptsache selbst erkannt werden soll, insofern nicht etwa die Nullität von der Art wäre, daß dadurch der Partei in der Hauptsache ein unwiederbringlich Unrecht geschehe, — oder, daß dieselbe eine öffentliche Nichtigkeit wäre, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte.

C. G. O. 1521. XXI. v. 1523. V. 5. u. 7. v. 1555. III. 34. §. 1—4. Conc. III. 40.

Durch diese Vorschriften wurde aber Niemand gehindert, lange nach dem Ablaufe der Appellationsfatalien noch aus irgend einem der in der Praxis angenommenen Gründe *principaliter* mit der Nullitätsquerel aufzutreten; der zweite, vorhin angeführte Uebelstand dauerte demnach immer noch fort.

Mynsinger Op. IV. 63. V. 91.

Erst in der Mitte des 17ten Jahrhunderts war man ernstlich darauf bedacht, demselben abzuhelfen. Auf dem

Frankfurter Deputationstage im Jahre 1544 stellte Bayern den Antrag, den Unterschied zwischen sent. nulla u. iniqua gänzlich aufzuheben, und zu verordnen, daß von jener sowohl, als von dieser intra decendium appellirt werden soll. — Ueber die damals gepflogenen Verhandlungen s. von Linde Hdb. Bd. V. S. 497 flg. In dieser Allgemeinheit ging nun zwar der Antrag nicht durch; indessen bewirkte doch derselbe, daß nach wiederholten Berathungen folgende Stellen in den J. R. A. aufgenommen wurden:

§. 121: „Indeme auch von vielen Jahren hero, „mit vieler Zeitverlierung ohnnötiger Dingen vielfältig „disputirt worden, ob sententia nulla oder injusta sich „erhalte, und zwar darumb allein, daß a sententia nulla „in dreyssig Jahren die Klag prosequirt: a sententia ini„qua aber intra decendium appellirt werden kann und „solle: So solle zu Verhütung dergleichen ohnnötigen „Gezänks, in allen beeden Fällen, das ist, a sententia „tam nulla, quam iniqua das Fatale interponendae „observirt; darüber auch hinfüro bey unserm Cammergericht „stet und festiglich gehalten werden."

§. 122. „Bey denjenigen Nullitäten aber, welche „insanabilem defectum, aus der Person des Richters, „oder der Parthey, oder aus den substantialibus des „processus nach sich führen, verbleibt es bei der Dispo„sition der gemeinen Rechten."

Vgl. v. Linde a. a. O. S. 505 flg.

Durch diese Bestimmung des J. R. A. ist nun zwar keineswegs der Unterschied zwischen sent. iniqua u. nulla dem Begriffe nach aufgehoben, allein es ist doch in der Regel der Gebrauch der Nullitätsquerel auf die Nothfrist von zehn Tagen beschränkt, und in so fern dieses Rechtsmittel der Appellation gleichgestellt worden. — Nur

in Ansehung der im §. 122 angeführten Nullitäten wurde ausnahmsweise das bisherige Recht, d. h. die dreißigjährige Frist zur Anstellung der Querel beibehalten. — Hiebei entsteht aber die Frage, welche Fehler unter den in diesem §. bezeichneten Nullitäten zu verstehen seyen? — Was die insan. defectus in der Person des Richters oder der Parteien betrifft, so ist die Beantwortung derselben freilich keiner Schwierigkeit unterworfen. Der ganzen Entwicklung zufolge können damit keine anderen Mängel gemeint seyn, als die, welche oben bei der Aufzählung der Nullitätsgründe des Römischen Rechts Lit A. u. B. angeführt worden sind. Desto zweifelhafter ist dagegen, was unter den Nullitäten zu verstehen sey, welche insanabilem defectum aus den substantialibus des Processes nach sich führen. Es fragt sich nämlich 1) ob unter die substantialia des Processes bloß die äußeren Formen des gerichtlichen Verfahrens zu rechnen seyen, oder, ob auch die materielle Unrichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit des Urtheils eine solche Nullität ex defectu subst. begründe? — ferner, 2) wenn man die erste Ansicht als die richtige gelten läßt, ob sodann die Vernachlässigung einer jeden, oder nur die Verletzung gewisser Formen eine Nullität bewirkt?

ad 1. Hinsichtlich der ersten Frage sind auch in der neuesten Zeit die Meinungen noch getheilt. — Einige dehnen den Begriff der Substantialien auch auf den Inhalt des Urtheils aus, und wenden daher den §. 122 des J. R. A. namentlich auch auf den Fall an, wenn coa. jus clarum in thesi, oder gegen ein früheres rechtskräftiges Urtheil u. dgl. erkannt worden ist, sey es auch, daß in der Leitung des Verfahrens — quoad form. durchaus kein Versehen begangen worden wäre.

Gensler, Handb. S. 44. und im Archiv I. S. 364. not. **

Goldschmidt, Abs. S. 123.

Pütter, opusc. VIII. §. 32 sq. Decis. Hasso-Cassell. dec. 118. (t. IV.)

Andere beschränken den Begriff der Substantialien bloß auf die Formen des Verfahrens, z. B.

Mittermaier, der gem. deutsche Proc. III. Beitr. S. 94 flg.

v. Grolman, Theor. §. 218.

Thibaut, P. S. §. 1253.

Martin §. 294 u. 295.

Für die erste Ansicht scheint besonders der Umstand zu sprechen, daß nach dem juristischen Sprachgebrauche der vorhergehenden Zeit, welcher bei der Interpretation eines Gesetzes nicht außer Acht gelassen werden darf, unter den Substantialien des Processes auch ein gerechtes, d. h. den Acten und Gesetzen nicht offenbar widersprechendes Urtheil mit begriffen war;

S. z. B. *Vant.* l. c. Tit. De null. sent. ex defectu proc. Nro 15—17.

H. Vultej. De jud. l. 4. c. 1. Nro. 15.

und daß daher auch die Schriftsteller nach dem J. R. A. noch eine Nullität wegen des fehlerhaften Inhaltes des Urtheils anerkannten, z. B.

Lauterbach, coll. th. pr. l. 49. t. 8. §. 2.

Jac. Blumen, proc. cam. Tit. 56. §. 2 und 3.

Wenn man jedoch erwägt,

a) daß der Sprachgebrauch, auf welchen man sich beruft, nicht durchgehends übereinstimmend war, wie Vantius a. a. O. §. 11. selbst bestätigt, und daß einige Rechtslehrer schon vor dem J. R. A. zwischen solchen Substantialien, welche sich auf den *ordo judicii*, und solchen, die sich auf die *sententia* beziehen, einen Unterschied machten;

b) daß die Absicht des J. R. A., — wie sich theils aus den Worten des §. 121. selbst, theils aus den unmittelbar vorhergehenden Berathungen unwidersprechlich ergibt, —

S. v. Gönner, Hdb. III. 64. §. 4 flg.

dahin gerichtet war, den bis dahin mit der Nullitätsquerel getriebenen Unfug zu beschränken; mit dieser Absicht aber die ausdehnende Auslegung des Wortes „Proceßsubstantialien" im Widerspruche steht, weil man dieser zufolge auch nach dem J. R. A. noch ob. def. in persona judicis vel partium, ob inversum ord. proc. und ex neglectu meritorum causae, also aus denselben Gründen dreißig Jahre lang gegen ein Urtheil mit der Nullitätsquerel hätte auftreten können, wie vor dem J. R. A. (mit einziger Ausnahme des bisher auch anerkannten Nullitätsgrundes wegen Verletzung an sich nicht wesentlicher, sondern nur durch positive Gesetze eingeführter Formalitäten): so scheint doch die Auslegung den Vorzug zu verdienen, welche sich genau an den Wortsinn des §. 122. hält, und daher unter Substantialien des Processes nur die unentbehrlichen Formen des Verfahrens versteht. Zum Theil auf andere Art vertheidigen dieselbe Ansicht

Mittermaier der gem. d. Pr. III. Beitr. S. 94 flg.
Linde, Lehrb. §. 419. (2te Aufl.)

insbesondere dadurch, daß sie den Begriff der null. insan. des §. 122. des J. R. A. durch die frühere Verordnung der C. G. O. von 1555 p. III. Tit. 34. §. 1 und 2 zu bestimmen suchen. Dagegen dürfte aber zu bedenken seyn,

a) daß sich der J. R. A. in diesem Punkte nirgendwo ausdrücklich auf jenes ältere Gesetz zurückbezieht;
b) daß die bei den Vorberathungen sowohl, als in dem Gesetze selbst gebrauchte Terminologie nicht mit der C. G. O., sondern mit dem Sprach-

gebrauche der damaligen Praktiker übereinstimmt; endlich

c) daß unter den Nullitäten, welche nach der C. G. O. „in anderer Instanz ratificirt werden mögen" wohl nicht solche Fälle verstanden wurden, in welchen in höherer Instanz ein Versehen des Unterrichters durch eine abändernde Verfügung verbessert, sondern nur solche, in welchen der begangene Fehler, seiner Unerheblichkeit halber, gleichsam ignorirt werden konnte.

Vergl. *Mynsinger* obs. I. 27.
Gaill. obs. I. 75.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist demnach, daß von einem defectus in den Substantialien des Processes im Sinne des J. R. A. nur dann die Rede seyn kann, wenn eine der nothwendigen Formen des Verfahrens außer Acht gelassen, m. a. W. wenn in procedendo und nicht in judicando ein Fehler begangen wurde.

Von diesem Satze ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn das Urtheil entweder etwas Unmögliches oder etwas Sinnloses befiehlt,

Fr. 3. D. 49. 8.

oder, wenn es gar keine bestimmte condemnatio enthält,

c. 3. et 4. C. 7. 46,

in welchen Fällen aber ohnehin eine Vollstreckung nicht stattfinden kann.

Mittermaier, d. gem. d. Pr. Beitr. III. S. 98.

Daß aber ein Erkenntniß auch dann aus diesem Gesichtspunkt unheilbar nichtig seyn soll, wenn dasselbe mit einer frühern rechtskräftigen Entscheidung im Widerspruche steht, läßt sich ohne Inconsequenz nicht behaupten, insofern man auch den Widerspruch gegen ein jus clarum in thesi nicht als einen unheilbaren Nichtigkeitsgrund gelten läßt.

Vgl. c. 1. C. 7. 64.

ad 2) Aber auch nicht jede Vernachlässigung der vorgeschriebenen Proceßformen ist als ein unheilbarer Mangel anzusehen, sondern nur die Vernachlässigung solcher Formen, ohne deren Beobachtung der Zweck des gerichtlichen Verfahrens schon nach der Natur der Sache nicht erreicht werden könnte. Die Außerachtlassung einer bloß auf positiver Vorschrift der Gesetze beruhenden, außerdem aber entbehrlichen Form begründet wohl eine heilbare, nicht aber eine unheilbare Nullität. — Die Rechtfertigung dieser Unterscheidung liegt in einem Conclusum des Fürstenraths vom April 1654, welches ausdrücklich die nullitates contra jus natur. laufend den nullitatibus juris positivi entgegensetzt, und nur bei jenen auch noch nach dem Ablaufe des Appellationsfatale eine Anfechtung gestattet. — In den J. R. A. ist zwar dieser Beschluß aus Versehen nicht aufgenommen worden, obwohl derselbe die kaiserliche Ratification erhalten hatte. Allein als eine Quelle für die Auslegung des J. R. A. kann derselbe doch unstreitig benützt werden.

S. v. Gönner, Hdb. III. Abh. 64. §. 4—7.

Vergleiche jedoch v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 523. not. 2.

Welche Formen übrigens zu den schon nach der Natur der Sache nothwendigen, welche nur zu den positiven zu zählen seyen, muß aus der Beschaffenheit der einzelnen processualischen Handlungen beurtheilt werden. — Vollständiges Gehör der Parteien gehört auf jeden Fall in die erste Classe. Nur ist freilich das Erforderniß des vollständigen Gehörs nicht so zu verstehen, daß die Partei, wider welche ein Antrag gerichtet ist, jederzeit bei Vermeidung einer unheilbaren Nullität darüber gehört werden müßte, auch dann, wenn die Begründung des Antrages in that-

sächlicher Beziehung nichts Neues, sondern nur rechtliche Ausführungen enthält.

Daß aber nur eine gänzliche Entziehung des rechtlichen Gehörs Nullität des Urtheils zur Folge haben soll, nicht auch eine bloße Verkürzung desselben bei einzelnen im Laufe des Processes vorkommenden Angriffen, selbst wenn eine Vertheidigung dagegen wesentlich nothwendig gewesen wäre, —

Blätter für Rechtsanwend. 1839. Nr. 3.

läßt sich nach gemeinem Rechte nicht annehmen. Dagegen die Beobachtung der Fristen und Termine ist zu den bloß positiv nothwendigen Formen zu rechnen. Auch der Gebrauch der Schrift gehört eigentlich nur hieher. Allein die mit der Vernachlässigung dieser Form in den älteren Gesetzen (s. oben S. 40) verbundene Folge der Ungültigkeit kann nicht als durch den J. R. A. aufgehoben betrachtet werden.

Vgl. Gensler, Hdb. S. 54 flg.

Ueberhaupt v. Linde a. a. O. S. 524.

Von der Beschwerde über unheilbare Nullitäten insbesondere.

§. 330.

Das Römische Recht kannte kein eigenes Rechtsmittel gegen unheilbar nichtige Erkenntnisse, sondern der durch ein ungültiges Urtheil abgewiesene Kläger stellte dieselbe Klage neuerdings an, und opponirte der exceptio rei judicatae, — wenn ihm diese entgegengesetzt wurde, die *replica* nullitatis; — der durch ein ungültiges Urtheil condemnirte

Beklagte aber schützte sich gegen die actio judicati mit der *exceptio* nullitatis.

Goldschmidt, Abh. X. §. 1.

Mittermaier, der gem. d. Pr. Beitr. III. S. 87.

In Deutschland sind zwar diese Grundsätze nie aufgehoben worden, und man kann daher die Beschwerde gegen ein unheilbar nichtiges Urtheil auch jetzt noch in der Form einer Einrede oder einer Replik geltend machen. Allein außerdem hat sich auch noch in der Praxis ein selbständiges remedium nullitatis ausgebildet, mit dem die verletzte Partei selbst nach der Execution noch auf Cassirung des Urtheils antragen kann. (Querela null. insan.) Vergl. schon das canon. Recht (Clem. 1. [2. 11.] „ad agendum de nullitate)." Hinsichtlich dieses Rechtsmittels gelten nun folgende Grundsätze:

1) Die quer. null. insan. findet 30 Jahre lang statt. Das Röm. Recht weiß freilich von einer besonderen Frist zur Anfechtung ungültiger Urtheile nichts, und bei der Form, in welcher damals die Anfechtung geschah, war es auch nicht nöthig, hierüber eine eigene Bestimmung zu geben. — Auch ist nicht zu läugnen, daß die unbedingte Gestattung einer dreißigjährigen Frist mit den Grundsätzen über die Extinctivverjährung oft in Widerspruch geräth.

Almendingen, Metaphys. des Civilpr. S. 313 flg.

Allein schon die alten Praktiker betrachteten das principaliter angestellte remedium null. als eine imploratio judicis, oder als eine selbständige actio, und wandten daher die Regel über Verjährung der Klagen darauf an.

Durand specul. II. 3. Sententia in jud. prol. quom. imp. Nro. 30.

Vantius de null.—Quoties et intra quod *temp.* Nro. 8.

Gaill, obs. I. 127.

Ueber die Darstellung von Almendingen s. v. Linde im Hdb. Bd. V. S. 539.

2) Auf das Daseyn der Appellationssumme wird in der Praxis gewöhnlich keine Rücksicht genommen, obwohl die höchsten Reichsgerichte in Ermanglung dieser Summe auch eine Nullitätsbeschwerde nicht annahmen.

R. A. 1570. §. 69.

Conc. II. 31. §. 5.

v. Gönner, Erört. Nro. 27.

Gensler, Com. II. S. 166.

v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 533.

Sollte jedoch in einem Lande dieses Erforderniß bestehen, so müßte der Partei wenigstens der Gebrauch eines Suspensivmittels gestattet werden.

3) Da die Rechtskraft im gewöhnlichen Sinne dem Gebrauche der querel. null. insan. überhaupt nicht im Wege steht, so kann dieses Rechtsmittel auch dann noch angestellt werden, wenn wirklich schon drei gleichlautende Erkenntnisse vorhanden sind. — Nur dürfen

a) diese drei Erkenntnisse nicht die Frage über die Nullität eines vorausgehenden Urtheils selbst betreffen, und
b) der Querulant muß dem anzufechtenden Urtheile in der Hauptsache Folge leisten, bevor er mit der Nullitätsbeschwerde gehört wird.

Cl. 1. 2. 11.

4) Insofern eine unheilbare Nichtigkeit aus dem Mangel einer unerläßlichen Form der bisherigen Proceßinstruction abgeleitet wird, kann begreiflich von einer Rechtfertigung der Beschwerde durch nova nicht die Rede seyn. Allerdings ist aber eine solche möglich, wenn ein defectus insan. in persona part. oder judicis behauptet wird. Nur finden hier die Beschränkungen nicht statt, welche bei der Appellation ex cap. novorum vorkommen.

5) Den Suspensiveffect hat dieses außerordentliche Rechtsmittel in der Regel nicht. — Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn entweder der Nullitätsgrund in der Form eines ordentlichen Rechtsmittels ausgeführt, und dieses innerhalb des 10tägigen Fatals interponirt wird; — oder wenn der Verletzte dem Executionsantrage seines Gegners die exceptio nullitatis entgegensetzt, und diese Einrede sogleich beweist.

Gensler Comm. II. S. 168.

Was aber

6) den Devolutiveffect betrifft, so ist wohl kaum zu läugnen, daß die Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten denselben haben könne, d. h. daß dieselbe auch bei dem höhern Richter angebracht werden dürfe; denn dafür spricht nicht nur das den höheren Instanzen zustehende Oberaufsichtsrecht über die Justizadministration der Untergerichte, sondern auch das Verfahren bei den höchsten Reichsgerichten. Allein nothwendig ist doch hier diese Wirkung nicht, wie bei der Appellation, sondern, weil eine sententia nulla auch den erkennenden Richter nicht bindet, so kann die Beschwerde auch bei diesem angebracht werden.

v. Almendingen, a. a. O. S. 316 flg.

Heffter Inst. S. 517 Nro. 10.

Vgl. Dr. L. Herquet, die Nichtigkeitsklage in bürgl. Rechtsstreit. Fulda 1838.

A. M. ist v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 542 flg.

7) Der Erfolg der wirklich durchgesetzten Beschwerde hängt von der Beschaffenheit der begangenen Nullität ab. Ist nämlich eine solche Handlung unterlassen worden, ohne welche kein Theil des Verfahrens gültig bestehen kann, so wird nicht bloß das Urtheil, sondern der ganze Proceß cassirt. Ist aber der Mangel nicht von so durch-

greifender Wirkung, so wird nur Dasjenige für ungültig erklärt, was durch die begangene Nullität afficirt wurde.

Von der Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten.

§. 331.

Dieses Rechtsmittel findet dann statt, wenn zwar eine Nullität im älteren Sinne, — vor dem J. R. A. — vorliegt, aber keine solche, die unter den §. 122. dieses Gesetzes subsumirt werden könnte; also namentlich,

a) wenn coa. jus clarum in thesi gesprochen, oder

b) wenn zwar eine durch positive Gesetze vorgeschriebene, aber doch nach der Natur der Sache nicht unerläßliche Form des Verfahrens verletzt worden ist.

Die näheren Bestimmungen über den Gebrauch dieses Rechtsmittels sind folgende:

1) Dasselbe muß gleich den übrigen ordentlichen Rechtsmitteln binnen der 10tägigen Frist interponirt werden,

J. R. A. §. 121.

und hat, wie diese, den Suspensiveffect.

2) Es unterscheidet sich aber von der Appellation dadurch, daß es nur aus den bisherigen Acten, nicht auch durch nova gerechtfertigt werden kann; — daß auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme keine Rücksicht genommen wird, und endlich, daß der Devolutiveffect nicht nothwendig eintritt, wie bei der Appellation, obwohl in Ansehung des letzten Punktes die Meinungen verschieden sind.

Vgl. Heffter, Inst. S. 518 Nr. 12.

Gensler, Comm. II. S. 164.

v. Gönner, Hdb. III. 65.

v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 542 flg.

Daß die Beschwerde wegen heilbarer Nullitäten als ordentliches Rechtsmittel neben der Appellation gar nicht mehr bestehen soll,

Francke, im Arch. f. c. Pr. XIX. S. 335 flg.

läßt sich nicht mit hinreichendem Grunde behaupten.

Ueber die ganze Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde ist nachzusehen Wetzell System III. S. 623—654.

Von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§. 332.

Wenn ein Urtheil mit keiner unheilbaren Nichtigkeit behaftet, und auch das Fatale zur Interposition ordentlicher Rechtsmittel bereits unbenutzt verstrichen ist, so könnte nach der Strenge des Rechts eigentlich nichts mehr dagegen unternommen werden, selbst dann nicht, wenn dasselbe auf einer unrichtigen Ansicht des Streitverhältnisses beruhte, und daher eine materielle Rechtsverletzung für eine Partei enthielte. — Weil jedoch die strenge Durchführung dieses Grundsatzes in manchen Fällen zu sehr gegen die aequitas verstoßen würde, so läßt das gemeine Recht aus besonderen Gründen eine Ausnahme zu, d. h. es gestattet zuweilen die Wiederaufhebung eines an sich gültigen und bereits rechtskräftig gewordenen Urtheils bloß aus Rücksicht auf die aequitas. Die Voraussetzungen, unter welchen dieses Rechtsmittel gebraucht werden kann, sind im Allgemeinen dieselben, wie bei der R. i. i. gegen andere Rechtsgeschäfte.

Es muß also a) eine *laesio* und b) eine *justa causa rest.* vorhanden und c) das Erkenntniß darf nicht etwa

ohnehin schon unheilbar nichtig seyn. Eine Läsion ist aber hier keineswegs schon bloß um deßwillen anzunehmen, weil das Urtheil ungünstig ausgefallen ist, sondern dazu wird auch noch vorausgesetzt, daß man zeigen kann, es hätte ein günstigeres Urtheil erfolgen sollen, oder bewirkt werden können, m. a. W. der Implorant muß zeigen können entweder, daß von seiner Seite Etwas versäumt oder außer Acht gelassen wurde, oder, daß wenigstens der Richter unrichtig geurtheilt hat. Denn läßt sich weder Dieses noch Jenes nachweisen, so würde die R. i. i. zwecklos seyn, weil zuletzt doch in der Hauptsache wieder dasselbe Urtheil gefällt werden müßte.

Vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831. S. 56 flg.

Was aber die caus. rest. betrifft, so sind diese hier mehr beschränkt, als in anderen Fällen. Insbesondere das Römische Recht legt der res judicata einen solchen Werth bei, daß es die Wiedereinsetzung gegen ein rechtskräftiges Urtheil in der Regel nicht gestattet,

c. 4. C. 7. 52.
fr. 35. D. 42. 1.
c. 2 et 3. C. 7. 50.

und nur in folgenden Fällen eine Ausnahme zuläßt:

a) wenn gegen einen Minderjährigen erkannt wurde, vorausgesetzt, daß er von seinem Vormunde gehörig vertreten war; denn war er dieß nicht, so ist das Urtheil ohnehin nichtig und man bedarf der Restitution nicht.

Fr. 9. pr. Fr. 29. §. 1. Fr. 42. D. 4. 4.
c. 1. 2. 4. 5. C. 2. 27.

Ueber die näheren Bestimmungen hinsichtlich dieses Falles s. v. Linde Hdb. Bd. V. S. 687 flg.

b) Bei condemnatorischen Urtheilen gegen Abwesende.

Nur muß

aa) die Abwesenheit durch hinreichende Gründe, z. B. durch öffentliche Geschäfte (abs. reipubl. causa) u. dgl. entschuldigt werden können

c. 1 u. 2. C. 2. 54.

bb) der Abwesende muß gehörig geladen worden seyn, denn sonst ist das Urtheil ohnedieß nichtig; und

cc) wenn ein absens reipubl. causa durch einen Procurator vertheidigt wurde, so soll die Restitution nur insofern ertheilt werden, daß der Condemnirte noch die Appellation nachholen darf.

Fr. 8. D. 4. 1.

Das Nähere hierüber v. Linde a. a. O. S. 689.

Fritz in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XVII. Hft. 1. S. 39 flg.

c) Wenn der Verurtheilte beweisen kann, daß das Urtheil auf die Aussage bestochener Zeugen, oder auf verfälschte Urkunden gebaut wurde.

Fr. 33. D. 42. 1.

c. 3 et 4. C. 7. 58.

v. Linde, a. a. O. S. 683 flg.

d) Wenn das Erkenntniß in Folge eines von dem Richter aufgelegten Eides gefällt wurde, und der Besiegte nachher neue Beweismittel entdeckt, durch welche er, wenn er sie früher schon gekannt hätte, ein günstiges Urtheil hätte bewirken können.

Fr. 31. D. 12. 2.

Vergl. v. Linde a. a. O. S. 696.

Abgesehen von diesem speciellen Falle wurde aber wegen neuaufgefundener Beweismittel nicht leicht coa. rem judicatam in int. restituirt.

c 4. C. 7. 52.

Cfr. Fr. 35. D. 42. 1.

Bloß wegen Irrthum konnte ein rechtskräftiges Urtheil nicht angefochten werden.

c. 7. C. 1. 18.

v. Linde a. a. O. S. 692 not. 10.

Das canonische Recht hat an diesen Bestimmungen des Römischen im Wesentlichen nichts geändert. Insbesondere ist der Grundsatz, daß die Entdeckung neuer Beweismittel zur Begründung eines Restitutionsgesuches in der Regel nicht hinreiche, ausdrücklich wiederholt.

c. 20. X. 2. 27.

Nur ist das benef. restit. der Minderjährigen auch auf Kirchen und fromme Stiftungen ausgedehnt worden.

c. 1. 3. 7. X. 1. 41.

v. Linde S. 701 flg.

Erst durch deutsche Praxis und Gesetze ist die Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels in der Art erweitert worden, daß man dasselbe allgemein auch ohne einen andern Restitutionsgrund bloß ex capite novorum allein zuläßt.

R. A. v. 1533. §. 5.

C. G. O. 1555. p. III. tit. 52. D. A. 1600. §. 138.

Gem. Besch. vom 7ten Juli 1669 u. v. 7ten Juli 1671.

S. hierüber v. Riedesel Vorträge an den voll. Rath des C. G. Jen. 1791. S. 106 flg.

Vergl. H. A. Moritz, über das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Landshut 1816.

v. Linde a. a. O. S. 705 flg.

Die neuen Behauptungen, auf welche sich der Implorant stützt, müssen jedoch relevante nova in facto seyn, dürfen nicht etwa die Grundlage eines von dem bisherigen wesentlich verschiedenen Rechtsstreites enthalten, und

der Implorant muß eidlich versichern, „daß er von dem neuen Einbringen vorher keine Wissenschaft gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeint habe."

Gem. Besch. v. 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 66. §. 9—17.

Uebrigens gelten in Ansehung dieses Rechtsmittels folgende Grundsätze:

I. Rücksichtlich der Frist, binnen welcher dasselbe angestellt werden muß, ist zu unterscheiden zwischen dem Falle, wenn wegen verfälschter Beweismittel, — und dem, wenn aus anderen Gründen Restitution gesucht wird. In dem letzten Falle ist nach Justin. Rechte, insbesondere nach c. 7. C. 2. 53. das Gesuch binnen vier Jahren anzubringen, eine Bestimmung, welche der deutschen Praxis zufolge auch bei der rest. ex capite novorum beobachtet wird. Der Zeitpunkt, in dem dieses quadriennium zu laufen anfängt, ist bei Minderjährigen der des Eintrittes der Großjährigkeit (c. 7. C. cit. und bezüglich der Kirchen und frommen Stiftungen Clem. un. 1. 11. und c. 1 und 2. in 6to 1. 21); bei Abwesenden und Verhinderten der, in welchem das Hinderniß wegfällt und der Verletzte in den Stand gesetzt ist, von dem Rechtsmittel Gebrauch zu machen.

Vergl. darüber: G. C. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. S. 499 flg.

Ueber die Berechnung des Laufes dieser Frist bei der rest. ex cap. novor. sind die Meinungen getheilt. Einige nehmen an, daß hier das quadriennium jedesmal von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des Urtheils zu laufen anfange; andere berechnen die Frist als von dem Tage der Entdeckung der nova anfangend. Eine dritte

Meinung endlich unterscheidet, ob das novum erst nach dem Ablaufe von vier Jahren post rem judicatam entdeckt wurde, oder schon früher. In dem letzten Falle soll der Verletzte noch innerhalb dieses quadrienn. das Restitutionsgesuch anzubringen haben; in dem ersten aber soll die Frist erst vom Zeitpunkte der Entdeckung an laufen.

S. Riedesel a. a. O. S. 94 flg.

Von diesen Meinungen dürfte die zweite der Analogie des Röm. Rechtes am meisten entsprechen, folglich das quadrienn. jedesmal a die noviter repert. zu berechnen seyn, so daß der Moment der eintretenden Rechtskraft nur dann als der Anfangspunkt des Laufes der Frist anzusehen wäre, wenn der Implorant die neuen Behelfe schon während der bisherigen Verhandlungen kannte, und nur eidlich betheuern kann, daß er es nicht für nöthig hielt, sich früher darauf zu berufen.

S. Gensler, Comm. II. S. 188. not. 2.

v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 729.

Die Vorschrift der c. 7. C. 2. 53, daß binnen vier Jahren nicht nur das Restitutionsgesuch angebracht, sondern auch entschieden werden soll, wird jetzt nicht mehr beobachtet.

Kann dagegen ein Erkenntniß wegen verfälschter Beweismittel angegriffen werden, so soll nach canonischem Rechte hiezu ein Zeitraum von 20 Jahren offen stehen.

c. 6. X. 2. 25.

Cfr. c. 12. C. 9. 22.

Gewöhnlich wird jedoch in diesem Falle eine dreißigjährige Frist angenommen, entweder, weil man diese Restitution nicht für ein prätorisches, sondern für ein civilrechtliches Remedium hält,

Gensler, Comm. II. S. 172. Nr. 1.

oder weil man ein solches Urtheil als unheilbar nichtig betrachtet, also die Grundsätze der Nullitätsquerel darauf anwendet.

Heffter, Inst. S. 503.

II. Die R. i. i. kann gegen dasselbe Urtheil auch öfter als einmal gesucht werden, wenn nur jedesmal eine andere causa restit. zu Grunde gelegt wird.

c. 2 und 3. C. 2. 44.

c. 10. X. 1. 41.

III. Gegen das Erkenntniß im Restitutionsprocesse selbst sind alle gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig, z. B. Appellation, Revision u. dgl.

c. 1. C. 2. 44.

Ja sogar ein Restitutionsgesuch ist wieder dagegen möglich.

IV. Was den Suspensiveffect betrifft, so gilt zwar im Allgemeinen die Regel, daß die bloße Möglichkeit, noch Restitution suchen zu können, die Vollstreckung des Urtheils nicht hindert, d. h. daß der Sieger auf Execution dringen kann, sobald das Erkenntniß der Zeit nach rechtskräftig geworden ist, ohne Rücksicht darauf nehmen zu müssen, daß der Gegner noch um Restitution dagegen bitten könnte. Wenn jedoch der verletzte Theil mit dem Restitutionsgesuche dem wirklichen Vollzuge noch zuvorkommt, so wird dadurch allerdings die Execution gehemmt, und insofern kann man diesem außerordentlichen Rechtsmittel auch den Suspensiveffect zuschreiben.

c. un. C. 2. 50.

Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn der Richter Gründe hat, zu vermuthen, daß es von Seite des Imploranten nur auf eine Verzögerung der Sache abgesehen sey, in welchem Falle er, wenigstens nach vorläufiger Cautionsleistung des Siegers, ungeachtet des Restitutionsgesuches mit der Execution fortfahren darf.

c. 6. X. 1. 41.

Dagegen

V. den Devolutiveffect hat dieses Rechtsmittel nicht, sondern es wird bei demjenigen Richter angebracht, von welchem das Erkenntniß ausgegangen ist, wogegen man i. i. restituirt werden will.

Vgl. jedoch hierüber:

Burchardi, a. a. O. S. 548 flg.

Heffter, Syst. S. 572. II.

VI. Dringt der Implorant mit dem Restitutionsgesuche durch, so wird das vorige Erkenntniß auf jeden Fall rescindirt. Zugleich soll aber auch das neue Urtheil in der Hauptsache damit verbunden werden.

Mittermaier, der g. d. Pr. Beitr. III. S. 86 a. E.

Burchardi, S. 490 flg.

Ueber die restit. in integr. contra lapsum term. fatale s. praejudic., welche ungleich leichter ertheilt zu werden pflegt, als die Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil, s. Fr. 50. D. 4. 4.

Fr. 26. §. 7 und 8. D. 4. 6.

Clem. un. 1. 11.

R. D. A. 1600. §. 86.

Concept. Thl. III. 62. §. 3.

Vgl. meine Theorie des Concurspr. §. 57. not. 3.

Ueber die ganze Lehre von dem Rechtsmittel der processual. Restitution ist nachzusehen:

Wetzell, Syst. III. S. 517 flg.

Dr. Ferd. Hartter in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XXI. Hft. 1. S. 140 flg. u. Hft. 2. S. 161 flg.

Joh. Widenmayer, die Wiedereinf. in den vorigen Stand, nach bayerischem Proceßrecht. Lindau 1864.

Von der Execution oder Hülfsvollstreckung.

§. 333.

Wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, und der Condemnirte demselben nicht freiwillig Folge leistet, so kann der Sieger auf die Einleitung eines gerichtlichen Zwangverfahrens gegen denselben antragen, und dieses nennt man Execution oder Hülfsvollstreckung. — Nicht zu verwechseln ist daher der Executionsproceß mit dem Executivprocesse, — einer summarischen Verfahrungsart, welche keineswegs schon ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Beklagten voraussetzt. Die Zwangsmittel, deren man sich gegen den Verurtheilten bedienen kann, sind verschieden, je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes der Verurtheilung. Die möglichen Fälle sind hier folgende:

A. Jemand ist zur Bezahlung einer Geldschuld verurtheilt worden.

§. 334.

In diesem Falle sind nach Röm. Rechte zweierlei Arten der Execution zulässig, an der Person des verurtheilten Schuldners, und an dem Vermögen desselben. Die Execution an der Person war in der ältesten Zeit sehr strenge. Wenn der judicatus binnen der gesetzlichen Frist den Gläubiger nicht befriedigte, so fand die manus injectio statt, und der Gläubiger war nicht nur berechtigt, denselben in ein Privatgefängniß abzuführen und zu fesseln (ducere et vincire), sondern ihn sogar nach vorgängiger addictio in auswärtige servitus zu verkaufen.

Gell. noct. Att. l. 20. c. 1.

Hugo, Gesch. des R. R. S. 309. (10. Aufl.)

Diese Strenge wurde zwar durch die lex Petillia Papiria gemildert, aber keineswegs gänzlich aufgehoben. Denn das duci jubere, sowie der debitor addictus, adjudicatus kommt noch viel später vor.

Lex de Gall. cisalp. c. 21.

Gell. XX. 1.

S. noch Fr. 34. D. 42. 1. Fr. 23. pr. D. 4. 6.

Unter den spätern Kaisern verlor sich aber der Gebrauch der addictio, und das Abführen des Verurtheilten in Privathaft, und an die Stelle derselben trat, wenigstens bei Schuldnern des Fiscus, — vielleicht auch bei anderen ein öffentliches Schuldgefängniß.

Fr. 9. §. fin. D. 48. 13.

c. 1. C. 7. 71.

c. 2. C. 10. 19.

v. Savigny, über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834.

Keller, der Röm. Civilproc. II. §. 83.

In Deutschland ist die Execution an der Person, — abgesehen von Wechselschulden, — jetzt nicht mehr allgemein gebräuchlich, obwohl sie in älterer Zeit allerdings statt gefunden hatte (das Uebergeben zu Hand und Halfter).

Eichhorn, D. St. und R. G. III. §. 377.

Mittermaier der g. d. Pr. Beitr. III. S. 121. und Derselbe im Arch. für civ. Prax. Bd. XIV. S. 110 flg. und S. 248 flg.

Wahrscheinlich hat das canon. Recht c. 2. X. 3. 21. zur Verdrängung der alten Sitte beigetragen.

Dagegen kommt aber zuweilen die Einlegung der Wache oder eines Gerichtsdieners, welchem täglich bis zur Bezahlung der Schuld gewisse Diäten zu entrichten sind,

vor, zumal in solchen Fällen, in welchen es dem Schuldner nicht am Vermögen, sondern nur am guten Willen zu zahlen fehlt.

Die älteste Art der Execution an dem Vermögen des Schuldners war die *pignoris capio,* — das Pfänden. Anfangs geschah diese Handlung nicht durch die Obrigkeit, sondern durch den Gläubiger selbst, war aber freilich auch nur in gewissen Fällen gestattet, und setzte nicht einmal eine Verurtheilung des Schuldners voraus.

Gaj. IV. §. 26. sq.

Hugo, R. R. G. S. 279.

Des letzten Umstandes wegen war sie vielmehr eine erlaubte Selbsthülfe, als eine Execution im eigentlichen Sinne. Allein in der Folge wurde sie von der Obrigkeit verfügt, wenn der verurtheilte Schuldner dem Urtheile nicht Folge leistete, und bildete nun das gewöhnliche Zwangsmittel zur Beitreibung von Geldschulden. (Pignus in causa judicati captum.)

Fr. 31. D. 42. 1.

Fr. 50. 74. §. 1. D. 21. 2.

c. 2. C. 8. 23.

Heffter, Inst. S. 549.

Gegenstand der pignorum capio konnten sowohl Baarschaften und Mobilien, als unbewegliche Güter, ja auch Rechte und ausstehende Activforderungen des Schuldners seyn.

Fr. 15. §. 2. sq. D. 42. 1.

Dabei mußte, — wenigstens bei der Execution gegen großjährige Schuldner, die Ordnung beobachtet werden, daß man zuvörderst die Mobilien, erst in deren Ermanglung die Immobilien, — Rechte und Forderungen aber ganz zuletzt angriff.

Fr. 15. §. 2. D. eod.

Bei Minderjährigen war dagegen die Auspfändung an Immobilien das letzte Mittel.

Fr. 5. §. 9. D. 27. 9.

Acker- und Wirthschaftsgeräthe, sowie das zum Ackerbaue bestimmte Vieh mußten geschont werden.

c. 7 und 8. C. 8. 17.

Die wirklich geschehene Auspfändung gewährte übrigens dem Gläubiger den Vortheil, daß er an den Sachen ein Pfandrecht erhielt, welche dem Schuldner abgenommen worden waren, oder in Ansehung welcher der Gläubiger eine Immission erwirkt hatte.

Fr. 26. §. 1. D. 13. 7.

c. 1. C. 8. 23.

c. 3. C. 8. 18.

Im Wesentlichen werden nun diese Grundsätze des Röm. Rechts auch jetzt noch beobachtet. Nur pflegt man auch bei großjährigen Schuldnern die Beschlagnahme von Activforderungen der Subhastation von Immobilien vorangehen zu lassen; — und, was das Röm. Recht in Bezug auf Schonung der Ackergeräthe verordnet, wird auch auf solche Geräthschaften ausgedehnt, welche zur Ausübung des Gewerbes gehören, wodurch der Schuldner seinen Unterhalt erwirbt, — wenigstens insofern, daß diese als der letzte Gegenstand der Execution betrachtet werden.

Das Verfahren ist folgendes:

I. Zur Realisirung der Auspfändung an beweglichen Sachen wird einem Gerichtsdiener der Auftrag ertheilt, dem Schuldner so viel von den entbehrlichen Mobilien wegzunehmen, als zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig zu seyn scheint. Diese Mobilien werden genau verzeichnet, abgeschätzt und in gerichtliche Verwahrung gebracht. Von dem Zeitpunkte der geschehenen Auspfän-

dung an gerechnet erhält nun der Schuldner noch eine zweimonatliche Zahlungsfrist, und erst nach dem fruchtlosen Verlaufe derselben schreitet das Gericht zu dem Verkaufe.

Fr. 31. D. 42. 1.

c. 2 u. 3. C. 8. 23.

Der Verkauf geschieht heutzutage auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung an den Meistbietenden, und dabei sind, sowohl was die Bekanntmachung des Licitationstermines, als auch den Zuschlag, das Recht des Gläubigers, mitzubieten, und das Verfahren, wenn kein Käufer sich meldet, betrifft, gewiß dieselben Grundsätze als gültig und anwendbar zu betrachten, welche nachher bei der Subhastation von Immobilien vorkommen werden; obwohl nicht zu läugnen ist, daß man in der Praxis bei dem Verkaufe beweglicher Pfänder, zumal von geringerem Werthe, weniger Umstände macht.

Sollten sich keine zureichenden Mobilien bei dem Schuldner finden, so wird der Gläubiger aufgefordert, selbst ein Executions-Object in Vorschlag zu bringen, und hiebei gestattet man demselben, auf den Manifestations-Eid anzutragen, obwohl dieser Eid als eine eigene, für sich bestehende species jur. in Bezug auf den gegenwärtigen Fall weder im Röm. noch im canon. Rechte begründet ist.

Vergl. c. 22. §. 10. C. 6. 30.

II. Die Execution an dem unbeweglichen Vermögen beginnt damit, daß der Gläubiger bestimmte Immobilien in Vorschlag bringt, und auf deren Veräußerung anträgt. Bis zur wirklichen Veräußerung kann er auch um die Immission nachsuchen, welche wenigstens für chirographarische Gläubiger von Nutzen ist, weil sie dadurch ein Pfandrecht erhalten. Die Immission zu dem Zwecke, um

sich aus den Früchten und Nutzungen des Gutes bezahlt zu machen, kommt seltener vor, und ist auch wegen der dabei nothwendigen Berechnungen weniger empfehlenswerth.

S. Claproth, Einleitung in den ord. Pr. II. §. 412.

Vergl. Cod. jud. bav. cap. 18. §. 6.

Der Verkauf der Immobilien geschieht unter obrigkeitlicher Autorität, und zwar auf folgende Art:

Zuerst sollen die zu veräußernden Realitäten nach allen für einen Käufer wichtigen und erheblichen Beziehungen beschrieben und gerichtlich abgeschätzt werden.

Hierauf erfolgt die öffentliche Feilbietung derselben durch Anschlag an den Gerichtsthüren, Einrückung in öffentliche Blätter u. dgl., und zugleich wird ein Subhastationstermin festgesetzt, auf welchen die Kauflustigen eingeladen werden. Von dieser Verfügung ist nothwendig auch der Schuldner in Kenntniß zu setzen,

Arg. c. 4. C. 8. 28.

Wernher, obs. III. 132.

welcher bis zum Verkaufe das Pfand durch baare Bezahlung der Schuld in Haupt- und Nebensache noch einlösen kann. Wenn auf dem Gute Hypotheken ruhen, so soll auch den Hypothekargläubigern davon Nachricht gegeben werden, welche zwar die Veräußerung nicht hindern, aber doch, — wenn sie ein stärkeres Recht haben, als der bisherige Gläubiger, — vor diesem ihre Befriedigung aus dem Kaufgelde fordern können.

Fr. 15. §. 5. D. 42. 1.

Vergl. c. 6 u. 8. C. 8. 26.

In dem Subhastationstermine selbst kommt es darauf an, ob sich Kaufsliebhaber melden, oder nicht.

In dem ersten Falle werden die einzelnen Angebote zu Protokoll verzeichnet, und, wenn die durch Gesetz oder

Herkommen festgesetzte Zeit abgelaufen ist (z. B. bei einem bestimmten Glockenschlage), die Sache Demjenigen zugeschlagen, der bis dahin das höchste Angebot gemacht hat, vorausgesetzt, daß dieses Meistgebot wenigstens den Schätzungswerth der Sache erreicht.

Arg. c. 16. C. 4. 44.

v. Grolman, Magazin Bd. IV. Abh. 19. Nr. 7.

Widrigenfalls kann der Zuschlag nur mit beiderseitiger Einwilligung des Gläubigers und des Schuldners erfolgen. Verweigert einer von Beiden seine Zustimmung, so ist eben so zu verfahren, als wenn gar kein Käufer erschienen wäre.

Als perfect wird übrigens der Verkauf erst nach dem förmlichen Zuschlage betrachtet. Bis dahin kann also der Schuldner noch immer das Einlösungsrecht ausüben, und eben so kann auch der Meistbietende zurücktreten.

Gensler, Comm. II. S. 112.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. 3te Aufl. I. S. 535.

Erscheint gar kein, oder doch kein annehmbarer Käufer, so wird gewöhnlich auf Ansetzung eines zweiten, und wenn auch dieser ohne Erfolg bleibt, eines dritten Subhastationstermins angetragen. Wie es zu halten ist, wenn auch in dem dritten Termine der beabsichtigte Zweck nicht erreicht werden kann, darüber kommen zwar im Röm. Rechte mehrere Bestimmungen vor,

Fr. 15. §. 3. D. 42. 1.

c. 2 u. 3. C. 8. 23.

allein über die Auslegung dieser Stellen ist man nicht einig.

S. u. A. Westphal v. Pfdr. 3te Ausg. §. 194. not. 214.

Heffter, Inst. S. 553.

Eine Vergleichung derselben führt zu folgendem Resultate:

Der Gläubiger hat in dem vorausgesetzten Falle die Wahl zwischen folgenden zwei Auswegen:

a) er kann selbst zur Licitation zugelassen zu werden verlangen, und ein Angebot auf die Sache machen, c. 2. C. 8. 23.

oder

b) er kann sich auctoritate principis das Eigenthum der zu veräußernden Objecte an Zahlungsstatt zuschlagen lassen.

Fr. 15. §. 3. D. 42. 1. verb. mit c. 3. C. 8. 23.

In dem ersten Falle wird er wie ein anderer Käufer behandelt (cujuslibet alterius vice emere debet), weßhalb man annehmen darf, daß auch hier der Richter den Zuschlag nicht bewilligen muß, wenn ihm das Angebot zu unbillig scheint; — so wie, daß dem Gläubiger der Rest seiner Forderung unbenommen bleibt, wenn sein Angebot dem Betrage derselben nicht gleich kommt.

In dem zweiten Falle dagegen muß er sich mit der ihm zugesprochenen Sache für seine ganze Forderung begnügen, gesetzt auch, daß sich diese höher beliefe, als der Werth des addicirten Objectes.

Fr. 15. §. 3. D. 42. 1.

Der jetzige Gerichtsgebrauch scheint sich übrigens dafür entschieden zu haben, daß in Ermanglung eines annehmbaren Käufers die Sachen dem Gläubiger auf Verlangen nach dem Schätzungspreise zugeschlagen werden, wozu vielleicht die analoge Anwendung der Justinianischen Vorschrift über die impetratio dominii beim außergerichtlichen Verkaufe eines Pfandes (c. 3. §. 4. C. 8. 34), so wie über die datio in solutum (Nov. 4. c. 3.) beigetragen hat. — Auch wird auf das Erforderniß der landesherrlichen Bestätigung heutzutage häufig keine Rücksicht mehr genommen.

v. Glück, Comm. XIX. S. 408.

Ist in Bezug auf einen annehmbaren Käufer der Zuschlag erfolgt, so wird diesem zum Erlage des Kaufgeldes bei Gericht eine Frist ertheilt, der Gläubiger mit diesem Gelde befriedigt und der etwa bleibende Ueberschuß dem Schuldner herausgegeben. Zugleich erhält jetzt der Käufer den Adjudicationsbrief.

Sollte sich der Käufer in der Bezahlung des Geldes säumig finden lassen, so kann auf seine Gefahr und Kosten eine neue Licitation angeordnet werden.

Fr. 15. §. 7. D. 42. 1.

III. Die Execution an ausstehenden Activforderungen des verurtheilten Schuldners konnte nach Röm. Rechte auf dreifache Art vollzogen werden. War nämlich a) die Schuld von dem debitor debitoris eingestanden, und sohin vollkommen liquid, so konnte der Gläubiger auf unmittelbare Beitreibung derselben durch das exequirende Gericht selbst antragen.

Fr. 15. §. 10. D. 42. 1.

c. 3. C. 4. 15.

b) Eben so stand es dem Gläubiger frei, sich die actiones von dem Verurtheilten abtreten zu lassen, und sodann als procurator in rem suam, — oder mit einer utilis actio in eigenem Namen gegen den debitor debitoris aufzutreten.

c. 4. C. 8. 17.

Cfr. c. 5. C. 4. 15.

Endlich c) konnten auch die nomina gerichtlich verkauft werden.

Fr. 15. §. 10. D. 42. 1.

Heutzutage pflegt das exequirende Gericht auf die Forderung nur Arrest zu legen, die wirkliche Beitreibung aber dem Gläubiger selbst zu überlassen, wenn nicht regel-

mäßige liquide Einkünfte, z. B. Besoldungen den Gegenstand der Execution ausmachen, in welchem Falle das Geld von der exequirenden Behörde unmittelbar, oder nöthigen Falles vermittelst geeigneter Requisition erhoben und an den Gläubiger ausbezahlt wird.

B. Die Verurtheilung ist auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet.

§. 335.

In diesem Falle wird nach dem neueren Röm. Rechte die Sache, wenn sie eine bewegliche ist, und die vorausgehenden Strafbefehle ohne Erfolg geblieben sind, dem Verurtheilten mit Gewalt abgenommen und dem Sieger eingehändigt.

Fr. 68. D. 6. 1.
Fr. 5. §. 27. D. 36. 4.
Fr. 3. pr. u. §. 1. D. 43. 4.
Vergl. Claproth Einl. in den ord. Proc. II. §. 425 bis 427.

Bei unbeweglichen Sachen wird der Besiegte ebenfalls durch geeignete unmittelbare Zwangsmittel aus dem Besitze gesetzt (exmittirt), und der Sieger immittirt. Die Immission wird gewöhnlich auf symbolische Art vollzogen.

Claproth, a. a. O. §. 435.

Ist der Verurtheilte durch eigenen dolus, oder durch culpa außer Stand gesetzt, die Sache in natura zu restituiren, so muß entweder durch das jusjurandum in litem oder, wenn hiezu die Bedingungen nicht vorhanden sind, durch andere geeignete Mittel die Verurtheilung in eine pecuniäre verwandelt werden, und dann tritt das bei Geldschulden übliche Executionsverfahren ein.

Vgl. überh. Keller, Röm. Civilproc. II. S. 361 nro. 2.
Wächter, Erört. II. Heft. S. 21 flg.

C. Jemand ist zu einer bestimmten Handlung, oder Unterlassung verurtheilt worden.

§. 336.

In diesem Falle, und zwar insbesondere, wenn Jemand zur Vornahme einer positiven Handlung condemnirt ist, kommt es zunächst darauf an, ob die Handlung auch durch einen Andern mit gleichem Erfolge für den Sieger vorgenommen werden kann oder nicht. In dem ersten Falle läßt man die Handlung wirklich durch Andere verrichten, aber auf Rechnung des Verurtheilten, von dem sodann die Kosten auf dieselbe Art beigetrieben werden, wie Geldschulden.

Vergl. Fr. ult. D. 43. 1.
Fr. 13. §. 7. D. 43. 24.

In dem zweiten Falle könnte der Kläger, wenn der Verurtheilte die Handlung nicht freiwillig vornimmt, eigentlich nur die Zahlung des Interesse verlangen.

§. 7. J. 3. 15.
Wächter, Erört. II. S. 25.

Allein in der Praxis versucht man zuerst den Verurtheilten durch Geldstrafen, Einlegung der Wache u. dgl. zum Vollzuge der Handlung zu bestimmen.

Ist das Urtheil darauf gerichtet, daß der Besiegte etwas unterlassen soll, so wird demselben zugleich eine bestimmte Strafe auf den Fall der Contravention angedroht, und bei wirklicher Uebertretung auf Begehren des Siegers vollzogen.

J. R. A. §. 162.

Allgemeine Voraussetzungen der Execution.

§. 337.

Um mit der Execution rechtsgültig einschreiten zu können, wird

1) vorausgesetzt, daß die Sache entschieden, und die Entscheidung bereits rechtskräftig geworden ist.

Fr. 38. D. 42. 1.

c. 1. C. 7. 53.

So lange also noch die Verhandlung eines ordentlichen gegen das Urtheil eingewandten Rechtsmittels im Laufe ist, kann, — abgesehen von den Fällen, wo einem solchen Rechtsmittel der Suspensiveffect versagt werden darf, — die Execution nicht verfügt werden.

Außerdem muß aber

2) auch der Gegenstand der Leistung sowohl in Ansehung der Quantität, als auch der Qualität genau festgestellt seyn. Fehlt es in dieser Hinsicht an der nöthigen Bestimmtheit, so ist deßhalb noch ein besonderes Verfahren einzuleiten, und erst dann, wenn auch hierüber rechtskräftig entschieden ist, kann zur Execution geschritten werden. Eine Unbestimmtheit dieser Art kann aber ungeachtet des bereits vorhandenen rechtskräftigen Ausspruches über die Verpflichtung des unterliegenden Theiles noch bestehen a) hinsichtlich der Zinsen, Früchte und Proceßkosten, welche einer Partei zuerkannt wurden; b) bei s. g. Universalklagen, insbesondere der heredit. petitio, wenn dem Kläger das Erbrecht zuerkannt, und der Beklagte zur Herausgabe verurtheilt, der Betrag der Erbschaft aber noch nicht actenmäßig hergestellt ist; c) wenn die Verurtheilung zur Herausgabe einer bestimmten Sache, oder zur Vornahme irgend einer Handlung ob dolum vel culpam des Condemnirten durch

das jusjur. in litem, oder durch aestimatio erst in eine pecuniäre verwandelt werden muß; d) wenn der Richter in irgend einem andern Falle den Streitpunkt über die Größe der Forderung vor der Definitivsentenz aus Versehen nicht gehörig instruirt hat.

Sollte übrigens nur ein Theil der Forderung illiquid seyn, so wird durch das deßhalb einzuleitende Liquidationsverfahren die Execution in Ansehung des liquiden Theiles nicht aufgehalten.

arg. fr. 21. D. 12. 1.
c. 5. C. 7. 45.

Von dem Verfahren bei der Execution.

§. 338.

Das Executionsverfahren ist eigentlich nichts Anderes, als ein Contumacialverfahren. Wenn daher die soeben angegebenen Voraussetzungen der Hülfsvollstreckung vorhanden sind, und der Verurtheilte gleichwohl dem Urtheile nicht Folge leistet, so bittet der Sieger um Erlassung eines richterlichen Befehles an den Gegner, dem Judicate bei Vermeidung der Execution nachzukommen. Ist kein rechtliches Hinderniß entgegen, so wird dieser Befehl unter Anberaumung einer Frist, deren Bestimmung von dem arbitrium judicis abhängt,

c. 15. X. 2. 27.
Vergl. c. 2 et 3. §. 1. C. 7. 54.
§. 3. J. 4. 17.

wirklich erlassen. Läßt der Verurtheilte diese Frist ohne Erfolg verstreichen, so muß nun der Sieger neuerdings einen Antrag stellen, und um den wirklichen Vollzug der in dem ersten Decrete nur angedrohten Execution

nachsuchen. Diesem Gesuche wird jetzt dadurch entsprochen, daß der Richter diejenigen Verfügungen trifft, welche das im concreten Falle anwendbare Zwangsmittel erheischt.

Im Röm. Rechte kommt der Antrag der siegenden Partei auf den obrigkeitlichen Vollzug des condemnirenden Urtheils unter dem Namen „*actio judicati*“. vor. Mit Rücksicht auf den Unterschied, welcher in dem älteren Römischen Gerichtsverfahren zwischen dem „ordinarium judicium“ und der „extraordinaria cognitio“ stattfand, ist zwar behauptet worden, daß die actio judicati nur zur Geltendmachung eines in ordinario judicio ergangenen Urtheils bestimmt gewesen, in Sachen der extraord. cognitio aber ein, wenn auch unförmlicher Anruf der obrigkeitlichen Hülfe (imploratio) zulässig gewesen sey.

Zimmern, R. R. G. III. §. 142.

Heffter, System S. 338 not. 46.

Da jedoch die Ausdrücke „judicatum, causa judicati und persecutio ex causa judicati“ auch in Beziehung auf obrigkeitliche Entscheidungen in Sachen der außerordentlichen Cognition gebraucht werden,

fr. 75. D. 5. 1.

fr. 9. pr. fr. 40. pr. fr. 41. D. 4. 4.

so scheint jene Beschränkung nicht begründet zu seyn.

Keller, Röm. Civilproc. II. S. 346. not. 970.

Zur förmlichen Anordnung eines judicium führte jedoch die actio judicati nach älterem Recht nur in dem Falle, wenn der Condemnirte entweder die Thatsache der condemnatio läugnete, oder dem Antrage auf Execution Einwendungen entgegenstellte, z. B. daß er dem Urtheile bereits nachgekommen sey. Außerdem wurde von der angerufenen Obrigkeit selbst ohne weiters das geeignete Executionsverfahren eingeleitet, sobald die dem Verurtheilten

gesetzlich eingeräumte Frist (ursprünglich 30 Tage, später 2 Monate, endlich unter Justinian 4 Monate) verstrichen war.

Gell. N. A. 20. 1.

c. 1, 2 u. 3. C. 7. 54.

Wenn es übrigens der Verurtheilte zu einem förmlichen judicium kommen ließ, und in demselben unterlag, so wurde er nach älterem Rechte zur Strafe in duplum verurtheilt.

Gaj. IV. 9.

Paul. R. S. I. 19. §. 1.

Nach neuerem, insbesondere Justinianischem Rechte fiel nicht nur die Anordnung eines förmlichen Judiciums, sondern auch die poena dupli hinweg.

Fr. 6. §. ult. D. 42. 1.

Dagegen konnte der Sieger, wenn der Verurtheilte binnen 4 Monaten nach der condemnatio dem Urtheile nicht Folge leistete, von dem Ablaufe dieser Frist angefangen, 12 Proc. Zinsen von dem Capitalbetrage fordern.

c. 2 u. 3. C. 7. 54.

Nach dem heutigen Rechte wird jedoch auch diese Vorschrift in Ansehung der Zinsen nicht mehr beobachtet, und die Bestimmung der Zahlungsfristen ist, wie bereits oben bemerkt wurde, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

c. 15. X. 2. 27.

Die actio judicati ist übrigens den gewöhnlichen Grundsätzen über die Klagenverjährung unterworfen.

Wächter, Erört. III. S. 50. not. 47.

Anderer Meinung:

v. Linde, Zeitschr. II. S. 180 flg.

Heffter, Syst. §. 517. not. 62.

Ueber das neuere Executionsverfahren bei dem Reichskammergerichte J. R. A. §. 159 flg.

S. noch: Kiliani, Betrachtungen über d. Capitel v. d. Execution. Würzburg 1828.

Von welchem Gerichte und gegen wen die Execution verhängt werden darf.

§. 339.

I. Die Befugniß, eine sententia zu exequiren, stand nach älterem Röm. Rechte, so lange noch jus und judicium getrennt waren, nicht dem judex zu, welcher das Urtheil gesprochen, sondern dem magistratus, welcher den judex bestellt hatte.

Fr. 15. pr. D. 42. 1.

Nach dem neueren Rechte aber, demzufolge in der Regel die nämliche Obrigkeit, bei welcher die Klage angebracht ward, auch den ganzen Proceß instruirte und das Urtheil fällte, hatte das erkennende Gericht auch die Executionsbefugniß, und dieß gilt auch jetzt noch. Daraus folgt:

1) daß der Sieger nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils das bisherige Gericht nicht verlassen, und sich der Execution wegen unmittelbar an ein anderes, z. B. an das forum domicilii des Verurtheilten wenden darf, wenn der Proceß etwa in foro contractus verhandelt und entschieden wurde.

Mev. VI. 202.

2) Wenn ein unterrichterliches Endurtheil in Folge der dagegen eingelegten Appellation von dem Obergerichte abgeändert wird, so wird die Executionsbefugniß dem

Obergerichte zugeschrieben, welches jedoch die Ausübung einem Untergerichte übertragen kann.

S. oben S. 1062.

3) Da ein judex delegatus an die Stelle des ordentlichen Richters tritt, so steht ihm in der Regel auch das Recht zu, sein Urtheil zu vollziehen.

Boehmer, J. E. P. I. 29. §. 37.

Die gänzliche Durchführung des Executionsverfahrens kann übrigens nicht immer durch das erkennende Gericht allein geschehen. — Es kommt nämlich darauf an, ob sich die Person oder die Sache, an welcher die Execution vollzogen werden soll, in dem Jurisdictionsbezirke dieses Gerichtes befindet oder nicht. Nur in dem ersten Falle werden alle Verfügungen, welche zur Realisirung der Execution nothwendig sind, unmittelbar durch den erkennenden Richter selbst getroffen. In dem zweiten Falle dagegen hat zwar auch nur er zu bestimmen, ob und wann die Execution stattfinden soll, allein der wirkliche Vollzug derselben muß mittelbar durch Requisitionsschreiben an diejenige Behörde bewirkt werden, in deren Bezirke sich der Gegenstand der Hülfsvollstreckung befindet.

Fr. 15. §. 1. D. 42. 1.

Das requirirte Gericht hat übrigens nicht zu untersuchen, ob das zu vollstreckende Urtheil gerecht oder ungerecht sey, sondern ist verpflichtet, dasselbe zu exequiren, wenn der requirirende Richter darauf besteht.

c. 6. C. 7. 53.

c. 28. §. 3. X. 1. 29.

c. 5. X. 2. 27.

Vgl. c. 4. C. 1. 22.

Bringt der Schuldner noch Einreden vor, und zwar bei dem requirirten Gerichte, so unterscheidet man ge-

wöhnlich, ob diese Einreden die Hauptsache selbst betreffen, oder nur den modus et ordo executionis. In dem ersten Falle soll sich der Requirirte keine Cognition darüber erlauben dürfen, sondern schuldig seyn, den Requirenten davon in Kenntniß zu setzen, und Diesem die Entscheidung zu überlassen. In dem zweiten Falle aber soll der Requirirte selbst darüber zu erkennen haben.

Gensler, Comm. II. S. 104.

Das Erste ist nun allerdings nicht zu bezweifeln.

c. 6. C. 7. 53.

c. 5. X. 2. 27.

Allein die Meinung, daß über die Einwendungen gegen den mod. et ord. exec. das requirirte Gericht zu entscheiden habe, dürfte sich wohl nur in dem Falle rechtfertigen lassen, wenn über die Art der Hülfsvollstreckung in der Requisition gar nichts Näheres bestimmt, sondern dieselbe lediglich dem Ermessen des Requirirten überlassen worden wäre. Denn ist dem Letzteren auch der modus execut. vorgezeichnet, so kann ihm die Prüfung der dagegen vorgebrachten Einreden aus dem Grunde nicht eingeräumt werden, weil diese Prüfung auch zu einer Abänderung der vorgezeichneten Executionsart führen könnte, die Abänderung eines ausdrücklich gestellten Begehrens aber überhaupt mit dem Begriffe der Requisition im Widerspruche steht.

Vgl. Fr. 15. §. 1. verb. mit §. 4. D. 42. 1.

Ueber die Vollstreckung eines von einem ausländischen Gerichte gefällten Urtheils s. Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. B. XIV. S. 84 flg.

II. Nach dem Grundsatze: „res judicata tertio nec nocet, nec prodest“ kann die Execution in der Regel nur gegen denjenigen gerichtet werden, welcher an dem Processe Theil genommen hat, und verurtheilt worden ist. —

Von dieser Regel ist jedoch in folgenden Fällen eine Ausnahme zu machen:

1) bei Successoren des Verurtheilten. Arg. Fr. 28. D. 44. 2. — In Ansehung der Universalsuccessoren ist dieses außer allem Zweifel, und eigentlich gar nicht als Ausnahme zu betrachten, weil die Erben den Erblasser repräsentiren und in die Obligationen desselben eintreten. Allein der Satz gilt auch in Beziehung auf bloße Singularsuccessoren, d. h. wer eine *res litigiosa* von dem Beklagten titulo singulari erworben hat, muß sich, — wenn der Beklagte nachher verurtheilt wird, — gefallen lassen, daß die Execution unmittelbar gegen ihn gerichtet wird, obwohl er an dem Streite selbst nicht Theil genommen hat.

S. hierüber oben S. 561. — Mev. VIII. 380.

Mit den Einwendungen gegen die angebliche Litigiosität der Sache muß jedoch der dritte Besitzer allerdings noch gehört werden.

2) Wenn Tutoren oder Curatoren in einem Processe unterlegen sind, und der Pflegbefohlene noch vor der Vollziehung des Urtheils die Großjährigkeit erreicht hat, so ist die Execution gegen den Letzteren zu richten.

c. 1. C. 5. 39.

3) Wer für den Beklagten die cautio judicatum solvi geleistet hat, kann ebenfalls nach rechtskräftiger Verurtheilung desselben unmittelbar mit der Execution angegriffen werden.

Fr. 1. D. 46. 7.

c. 3. §. 1. C. 7. 54.

Mev. VIII. 378.

Endlich

4) muß sich auch Derjenige der unmittelbaren Execution unterwerfen, der sich zunächst und vorzugsweise um die Vertheidigung der Sache hätte annehmen sollen,

aber dieselbe wissentlich einem entfernteren Betheiligten überlassen hat, wenn Dieser im Processe unterliegt, und Jener den Gegenstand des Streites im Besitze hat, z. B. der Käufer, welcher die Durchführung des Evictionsprocesses dem Verkäufer, — der Faustpfandgläubiger, welcher die Vertheidigung gegen eine auf die verpfändete Sache gerichtete vindicatio dem Schuldner überlassen hat.

Fr. 63. D. 42. 1.

Hindernisse der Execution.

§. 340.

Die bereits beschlossene und selbst schon eingeleitete Execution kann

A. gänzlich vereitelt und für immer aufgehoben werden:

a) durch die exceptio nullitatis insanabilis, wenn diese sogleich liquid ist;

b) durch peremtorische Einreden, welche die Hauptsache selbst betreffen, insofern sie auf der Behauptung beruhen, daß dem Urtheile bereits Genüge geschehen sey. Denn das Anführen einer schon vor der Streiteinlassung geschehenen Tilgung der Schuld, wovon jedoch bei Gelegenheit der Litiscontestation keine Erwähnung geschehen war, darf nach der Vorschrift des J. R. A. über die Präclusion der Einreden jetzt nicht mehr berücksichtigt werden. — Nur die erst geschehene Auffindung einer Einrede würde allenfalls eine Ausnahme begründen, weil man sich in diesem Falle auch der restit. in integr. ex cap. novor. bedienen könnte. — Die hier als zulässig bezeichneten Exceptionen müssen übrigens ebenfalls sogleich liquid seyn.

c) Durch die s. g. privilegirten Einreden, wenn man dieselben überhaupt noch als bestehend anerkennt. (S. oben S. 628 flg.)

B. Ein bloßer Aufschub der Execution kann bewirkt werden:

a) durch ein Moratorium (Anstandsbrief);

S. hierüber W. H. Puchta, über den Concursproceß. Erlangen 1827. §. 105. Meine Theorie des Concurspr. §. 36.

b) durch ein gehörig begründetes Gesuch des Schuldners um Ertheilung von Zahlungsfristen;

c) durch die Einwendung des Verurtheilten, daß die allgemeinen Voraussetzungen der Execution noch nicht vorhanden seyen, z. B. daß das Urtheil noch nicht rechtskräftig geworden, daß das Quantum der Leistung noch nicht liquid, daß nicht das zuständige Gericht um die Hülfsvollstreckung angerufen worden sey u. dgl.

Auch Einwendungen gegen den modus vel ordo executionis können wenigstens eine Verzögerung des Verfahrens veranlassen, um so mehr, als gegen die Verwerfung solcher Einreden Appellation zulässig ist.

c. 5. C. 7. 65.

d) Durch die Principalintervention eines Dritten, welcher stärkere Ansprüche auf das Executionsobject nachzuweisen vermag; indem hier die Execution wenigstens auf einen andern Gegenstand gerichtet werden muß.

Vgl. Fr. 15. §. 5. D. 52. 1.

Zuweilen kann übrigens durch die Principalintervention die Hülfsvollstreckung gänzlich vereitelt werden.

Fr. 10. D. 15. 1.

e) Durch die Eröffnung des Universalconcurses gegen den verurtheilten Schuldner, insofern dieselbe die Einstellung aller Particularexecutionen zur Folge hat, und der einzelne Gläubiger hinsichtlich seiner Befriedigung die Vertheilung der Concursmasse abwarten muß.

C. Beschränkt wird endlich die Execution durch das s. g. beneficium competentiæ, wenn der Verurtheilte mit Grund darauf Anspruch macht.

Register.

Die beigesetzten Ziffern bedeuten die Seitenzahl.

A

B

C

D

E

F

G

H

J

K

L

M

N

O

P

Qu

R

S

T

U

V

W

Z

Bayer, Hieronymus <<von>>,

Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilproceß zunächst für seine Zuhörer hrsg

Bd.: 2. Abt.

München 1865